المناقصـــات العامـــة

«دراسة مقارنة»

فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى

للأمم المتحدة "اليونسترال"

دكتـــور

جابر جاد نصار

الأستاذ بكلية الحقوق – جامعة القاهرة

والمحامى بالنقض والإدارية العليا

الطبعة الثانية

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت – القاهرة

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف

الطبعة الثانية

الحمد لله

فاتحة كل خير .. وتمام كل نعمة

بسم الله الرحمن الرحيم

« وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً »

صدق الله العظيم

مقــدمــة

من المسلم أن العقد سواء أكان مدنيا أم إدارياً يتكون بتوافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانونى معين . على أنه إذا كان أطراف العقد المدنى يتمتعون بحرية كبيرة فى التعبير عن إرادتهم فى تحديد مضمون العقد ووسائل تنفيذه – كقاعدة عامة – فإن الأمر يختلف كثيراً بالنسبة للعقد الإداري باعتبار أن الإدارة تعتبر طرفاً فيه تبرمه باعتبارها شخصا من أشخاص القانون العام مستخدمة فى ذلك أساليب السلطة العامة وتهدف من ورائه إدارة مرفق عام أو تسييره . ومن ثم فإن المشرع حدد نظاماً معيناً للعقد الإداري يحكمه في مراحله المختلفة بدءاً من ضرورة رصد الاعتمادات المالية ، ثم قواعد إبرامه ، وبعد ذلك كيفية تنفيذه وتحديد أثاره .

والعقد الإدارى يمثل إلى جوار القرار الإداري أسلوبا لممارسة الإدارة لنشاطها . فالإدارة تستطيع أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات إدارية ملزمة للأفراد . ويعد القرار الإداري أهم الأساليب التى تلجأ إليها الإدارة لممارسة نشاطها وذلك لسهولته ، وبساطة إجراءاته ، وسرعته فى تحقيق رغبات الإدارة.

" على أن ذلك لا ينفى أهمية العقد فى مجال القانون العام . فالإدارة لا تستطيع أن تتصرف فى أموال الأفراد أو أن تستعين بخدماتهم رغماً عنهم دائماً وبصورة مطلقة .. " (١)

وعلى ذلك فإن العقد الإداري يعد أسلوباً مهماً من أساليب ممارسة الإدارة لنشاطها . ولا شك أن هذه الأهمية سوف تزداد كثيراً مع اتجاه الدولة

---

(١) ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية – دار النهضة العربية – ص ٦ .

نحو سياسة التخصيصية وانحسار الأفكار الاشتراكية والاتجاه نحو حصر نشاط القطاع العام فى مجالات ضيقة ومحدودة .

" فالانتقال من اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق سيؤدى إلى زيادة وأهمية العقود التى تبرمها الإدارة سواء أكانت إدارية أم مدنية أم تجارية ، لأن اقتصاد السوق قائم على التخلى عن الأوامر وأساليب القهر .. " (١)

وإذا كانت للعقود الإدارية هذه الأهمية بحسبانها أسلوباً لممارسة الإدارة لنشاطها المتعدد الأوجه . فإن عملية تكوين هذه العقود تصبح أكثر أهمية . وذلك لأنه بقدر استقامة طريقة تكوين العقد وسلامتها فإنه يستطيع أن يحقق أهدافه والتى تصب فى النهاية فى روافد المصلحة العامة .

ولأهمية عملية تكوين العقد الإداري فإن القوانين المعنية فى الدولة تنظم هذه العملية بدءاً من الإجراءات التمهيدية اللازمة قبل التعاقد مثل الأذن المالى أو الموافقات السابقة وغير ذلك .. مرورا بأساليب التعاقد الإداري كالمناقصة والمزايدة بأنواعها المختلفة والممارسة والاتفاق المباشر وغير ذلك من النظم التى قد ينص عليها القانون . وانتهاء بالتصديق على العقد واعتماده ودخوله فى طور التنفيذ .

بل إن أهمية تكوين العقد الإداري تجاوزت القوانين المحلية فى الدول المختلفة إلى اهتمام الأمم المتحدة بهذه العملية فقد أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى ما يعرف باسم " القانون النموذجى لإشتراء السلع والإنشاءات " ويسمى أيضاً بقانون اليونسترال . (٢)

---

(١) سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية – ١٩٩٥ – دار النهضة العربية – ص ٢٩٤ .

(٢) نحن نفضل فى الحقيقة تسميته مشروع القانون النموذجى .. أو مشروع قانون اليونسترال . إلا أن وثائق إصدار القانون وما يأخذ به الفقه القانونى ولا سيما أساتذة=

وفى العقـود الكـبرى – وأغـلب العقود الإدارية عقود كبيرة – يصل الأمـر إلى حـد الإحالة إلى صيغ معروفة ومدروسة بواسطة فنيين ومهندسين وإقتصـاديين ، ولا تكـفى فقـط الخـبرة القانونيـة ولعل أهم مثال على ذلك عقـد الفيديـك FIDIC وهـو صـيغة أعدهـا الاتحـاد الـدولى للمهندسين الاستشاريين (1) .

Fédération international des ingenieuss Conseils

ومما سبق يتضح أهمية عملية تكوين العقود الإدارية وما تتطلبه من حسـن إبـرام العقـد وضرورة اختيار المتعاقد مع الإدارة إختياراً سليماً حتى تتجـنب الإدارة إهـدار إعـتماداتها الماليـة ، وتعطيل أعمالها ، ودخولها فى منازعات قد تستمر فترات طويلة (2) .

وإذا كـانت أسـاليب إبـرام العقـد الإداري متعددة إلا أن المناقصات والمـزايدات العامـة كأسلوب لإبرام هذا العقد تظل أهم هذه الصور . فهى من ناحيـة أولى مازالت الأسلوب الرئيسى فى اختيار المتعاقد مع الإدارة فى مصر . فالمـادة الأولى مـن القـانون رقـم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على أن " يكون الـتعاقد عـلى شراء المنقولات او على مقاولات الاعمال او النقل او على تلقى الخدمـات والدراسـات الاستشارية والاعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ويصدر باتباع اى من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد .

---

(1) سعاد الشرقاوى – المرجع السابق ص ٢٨٨ .

(2) يبين تقرير للرقابة الإدارية فى مصر أنه فى عام ١٩٩٤ تم انقاذ ٨٥٠ مليون جنيه من تجاوزات فى المناقصات و٣٢ مليون جنيه تمثل تلاعباً فى التعاقدات ولا شك أن هذا نذر يسير مما يحدث فى الواقع العلمى . التقرير منشور بجريدة الأهرام . بتاريخ ٥ مايو ١٩٩٥ .

ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

أ - المناقصة المحدودة .

ب - المناقصة المحلية .

جـ - الممـــارسة .

د - الاتفاق المباشر .

ولا يجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة وفى جميع الحالات يتم التعاقد فى الحدود ووفقا للشروط والقواعد والاجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية.

وتقرر المحكمة الإدارية العليا أنه " كمبدأ أصيل يكون تعاقد الإدارة عن طريق المناقصة ، والأخذ بإسلوب الممارسة لا يكون إلا فى حالات معينة وفى أضيق الحدود طبقاً للأوضاع والشروط المرسومة قانونا ... " (١)

أما فى القانون الفرنسى فإن الإدارة تتمتع بحرية أكبر فى اختيار المتعاقد معها فلها أن تلجأ إلى نظام المناقصة أو الممارسة أو غيرها من الاساليب الأخرى إن هى قدرت أن ذلك يحقق مصلحتها (٢) .

وينص قانون اليونسترال فى المادة ١/١٦ منه على أنه " باستثناء ما ينص عليه هذا الفصل خلافاً لذلك على الجهة المشترية التى تزاول الاشتراء أن تقوم بذلك العمل عن طريق إجراءات المناقصة " .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤ . الموسوعة الإدارية الحديثة - جـ ١٨ ص ٨١١ .

(٢) De laubadere (André) : Traité des Contrats administratifs . T.1.2 éd .L. G. D . J . 1983 p. 654 .

ومما سبق يتضح أن نظام المناقصة العامة كأسلوب متميز لإبرام العقد الإداري مازال له مكانته فى النظام القانونى الفرنسى والنموذجى للأمم المتحدة والقانون المصرى وإذا كان القانون المصرى ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة كوسيلة لابرام العقد الادارى وذلك لاتاحة قدر أوسع من الحرية لجهة الادارة . فإنه أخضع الممارسة العامة لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة إلا فيما يتعلق ببعض اجراءات الاسناد كما سوف نرى فيما بعد .

كل هذه الاعتبارات كانت الدافع الأساسى وراء إختيار موضوع هذا البحث " المناقصة العامة " دراسة مقارنة " فى القانونين المصرى والفرنسى والقانون النموذجى للأمم المتحدة . " اليونسترال " هذا بخلاف أن للموضوع جوانب عملية تزيد من قناعتنا بأهمية وضرورة البحث فيه ولعل هذه الأهمية تزداد مع تحول الاقتصاد المصرى الى اقتصاد السوق .

منهج الدراسة وخطة البحث :

لقد آثرنا أن تكون دراستنا لموضوع البحث مقارنة بين القانون المصرى والقانون الفرنسى وقانون اليونسترال . ***فمن ناحية أولى*** : فإن المقارنة بين القانون المصرى والقانون الفرنسى أمر تبرره الأواصر التاريخية والثقافية التى تربط بين هذا وذاك ، وهو أمر مسلم فى الفقه القانونى المصرى.

ومن ناحية ثانية : فإن إدخال قانون اليونسترال طرفاً فى المقارنة ، فإنما يبرره أولاً .. تزايد الاتجاه إلى تدويل العقود الإدارية ، ولا سيما بعد نفاذ الاتفاقيات الدولية التى تسعى إلى تحرير التجارة الدولية بين جميع الدول (مثل إتفاقيات الجات) . وثانياً .. فإنه على المستوى المحلى أصبحت القوانين التى تضعها لجان الأمم المتحدة منهلاً أساسياً للتشريع فى أغلب الدول ومنها مصر بطبيعة الحال . والقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن قانون التحكيم فى

المواد المدنية والتجارية والعقود الإدارية (١) خير شاهد على ذلك حيث جاءت نصوص هذا القانون شبه متطابقة تماماً مع للقانون الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة فى هذا المجال . وهو الأمر الذى يلفت النظر بشدة إلى ضرورة دراسة مثل هذه القوانين ومقارنتها بالتشريع الوطنى .

على أنه نظراً لحدود البحث فإن المقارنة إقتصرت على المسائل القانونية الأساسية والأحكام الرئيسية فى الموضوع . أما التفاصيل والإجراءات العملية فكنا نعنى أساسيا بدراستها فى القانون المصرى وذلك حتى لا يتضخم البحث بغير داع .

وقد إلتزمنا فى بحثنا خطة تقوم على تقسيم موضوعه إلى فصلين على النحو التالى :

الفصل الأول : نتناول فيه المبدأ التقليدى فى التقدم للمناقصة العامة " حرية الدخول " . وقسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث : نتناول فى الأول منهم . مفهوم مبدأ حرية المنافسة وحدوده كإطار حاكم لمبدأ حرية الدخول فى المناقصة . أما المبحث الثانى : فقد خصصناه لبحث موضوع وضع مبدأ حرية المنافسة موضع التطبيق . وأخيراً المبحث الثالث : فقد بحثنا فيه حرية التقدم بالعطاء ومدى سلطة الإدارة فى قبوله .

---

(١) لم يتضمن عنوان القانون المشار إليه كلمة " العقود الادارية " وإنما ذلك مستفاد من نطاق تطبيقة والذى حددته المادة الأولى حيث نصت على " مع عدم الإخلال بأحكام الإتفاقيات الدولية المعمول بها فى جمهورية مصر العربية تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من اشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع " .

الفصل الثانى : تناولنا فيه إسناد التعاقد عن طريق المناقصة .

وقسمناه بدوره إلى ثلاثة مباحث : تناولنا فى المبحث الأول : المبدأ التقليدى فى الإسناد " الإسناد بمقتضى السعر الأقل " وفى المبحث الثانى : بحثنا موضوع كيفية الإسناد بمقتضى السعر الأقل . واخيراً كان المبحث الثالث: مخصصاً لبيان التطور الحديث على المبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

وبعد ... فإن حسبى أن اجتهدت والله أسأله التوفيق .. ويطيب لى أن أختم هذه المقدمة بقول إبن خلدون الذى أثبته فى مقدمته " .. وأنا من بعدها موقف بالقصور بين أهل العصور معترف بالعجز عن المضاء فى مثل هذا القضاء راغب من أهل اليد البيضاء والمعارف المتسعة الفضاء النظر بعين الانتقاد لا بعين الارتضاء والتغمد لما يعثرون عليه بالإصلاح والإغضاء . فالبضاعة بين أهل العلم مزجاه ، والاعتراف باللوم منجاة والحسنى من الأخوان مرتجاة والله أسال أن يجعل أعمالنا خالصة لوجهه الكريم وهو حسبى ونعم الوكيل .. " المقدمة – تحقيق على عبد الواحد وافى – القاهرة – ١٩٥٧ ص ٢١٥ " .

الفصل الأول

المبدأ التقليدى فى التقدم للمناقصة العامة

" حـــريــــة الدخــــول "

المبدأ التقليدى فى التقدم للمناقصة العامة يعنى حرية الدخول فيها والتقدم بعطاء ابتغاء التعاقد مع جهة الإدارة .

فإجراءات المناقصة العامة ، ما هى إلا دعوة إلى التعاقد تعلن عنها الإدارة بصورة حددها القانون ، وكفل فى إجراءاتها تحقيق حرية المنافسة بين المتقدمين بعطاءاتهم فى المناقصة .

فمنطق المناقصة التقليدى يقضى بأن يتقدم المتناقصون فى مسابقة علنية بعروضهم فى الحدود التى يحددها القانون أو تشترطها جهة الإدارة – كلما أمكن ذلك ما عدا السعر فإنه يكون محدداً تحديداً قاطعاً (١) .

ومبدأ حرية التقدم فى المناقصة ، يؤدى إلى ضرورة ضمان حرية المنافسة فى إجراءاتها . فكل إجراء يؤدى إلى تقييد حرية المنافسة بين المتناقصين يؤدى فى ذات الوقت إلى النيل من مبدأ حرية التقدم فى المناقصة . فالتطبيق العملى لهذا المبدأ يقتضى ضمان حرية المنافسة فى إجراءات المناقصة العامة (٢) .

وسوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث : نتناول فى الأول منها : مبدأ حرية المنافسة فى المناقصة العامة ، مفهومه وحدوده وفى الثانى نبحث : وضع مبدأ حرية المنافسة موضع التطبيق وفى الثالث : نبحث حرية التقدم بالعطاء ومدى سلطة الإدارة فى قبول العطاء وذلك على الوجه التالى :

---

(١) Le Clére (Julien) : Les Marchés de fournitures et de travaux publics , 1949 . p. 64 .

(٢) De Laŭbadere (André) : op . cit . p. 597 .

المبحث الأول

مفهوم مبدأ حرية المنافسة وحدوده

كإطار حاكم لمبدأ حرية الدخول فى المناقصة

وسوف ينتظم هذا المبحث **مطلبين** : يتناول **المطلب الأول** : مفهوم مبدأ حرية المنافسة وفى **المطلب الثانى** : نتناول حدود مبدأ حرية المنافسة وسلطة الإدارة فى الحرمان من دخول المناقصة .

المطلب الأول

مفهوم حرية المنافسة

حرية المنافسة تعنى حرية دخول المناقصة التى تعلن عنها الإدارة وفى الحدود التى يحددها القانون . ومبدأ حرية المنافسة بهذا المعنى يعد من الإجراءات الحاكمة لنظام المناقصات العامة (١) . وترتيباً على ذلك فإن الإدارة لا تستطيع أن تمنع أحد الأفراد أو المشروعات من التقدم إلى المناقصة التى أعلنت عنها طالما أن المتقدم قد استوفى الشروط التى تطلبها القانون . كما أن اتجاه الإدارة لتفضيل أحد المتقدمين على حساب آخرين يؤدى إلى بطلان هذا الإجراء إلا إذا كان هذا التفضيل مستنداً على أساس قانونى .

علاوة على ذلك : فإن مبدأ حرية المنافسة يتفق والغرض الأساسي من تنظيم المشرع للمناقصة العامة كأسلوب لإبرام العقد الإداري . فنظام المناقصة مجموعة من الإجراءات التى تهدف الإدارة من ورائها دعوة الجمهور للإشتراك فى العملية التى تطرحها ، بقصد الوصول إلى المناقص الذى يتقدم بأرخص الأسعار وبأفضل الشروط الفنية للتعاقد معه (٢) .

ولأهمية مبدأ حرية المنافسة فى إجراءات المناقصة العامة حرصت التشريعات المختلفة على النص عليه فى صلب القانون الذى ينظم عملية المناقصات والمزايدات فوفقاً للمادة الثانية من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فى مصر رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يجب أن " تخضع كل من المناقصة العامة والممارسات العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ... " .

---

(١) Quancard (Michel) : L'adjudication des marchés publics de travaux et de Fournitures : 1945 , p . 52 et s .

(٢) سعاد الشرقاوى – المرجع السابق – ص ٣٦١ .

وقد تقرر مبدأ حرية المنافسة بالنسبة للمناقصات والمزايدات فى عقود الدولة بمقتضى نص المادة ٨٥ من قانون العقود الفرنسى والمادة ٢٨١ بالنسبة للمناقصات والمزايدات فى العقود المحلية .

وعلى الرغم من عدم وجود نص صريح فى القانون النموذجى لإشتراء السلع والإنشاءات الذى وضعته الأمم المتحدة (اليونسترال) يقر صراحة مبدأ حرية المنافسة فى المناقصة إلا أنه يمكن القول : إن هذا المبدأ تحرص جميع نصوص القانون على تأكيده . بل إن الغرض الأساسى لهذا القانون هو كفالة هذا المبدأ بين المتناقصين بصرف النظر عن جنسياتهم فقد ورد فى ديباجة هذا المشروع أنه يهدف إلى " جـ - تعزيز المنافسة بين الموردين والمقاولين من أجل توريد السلع أو الإنشاءات المراد اشتراؤها . د - توفير معاملة عادلة ومنصفة لجميع الموردين والمقاولين " .

ومبدأ حرية المنافسة فى المناقصات العامة يجد مبرراته وأساسه القانونى من حيث إنه يتفق والغرض من تشريع وتنظيم إجراءات المناقصة العامة . فإذا أمعنا النظر فى تحليل هذا المبدأ سوف نجد أمرين مؤكدين (١) :

الأول : أن مبدأ حرية المنافسة فى المناقصة العامة يؤدى إلى ضمان نزاهة إجراءات المناقصة . فجهة الإدارة ليست حرة فى تحديد المتعاقد معها .

الثانى : أن هذا المبدأ يؤدى إلى تعدد العطاءات مما ينتج عنه بالضرورة تحقيق غرض المناقصة العامة وهو تعاقد الإدارة مع صاحب العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً من الناحية الفنية .

---

(١) Quancard (Michel) : op., cit ., pp . 52 – 53 .

ومبدأ حرية المنافسة يجب توافره سواء فى المناقصة المفتوحة أم فى المناقصة المحدودة . فالمناقصة المحدودة أو المقيدة تخضع لسائر القواعد الخاصة بالمناقصة المفتوحة عدا ما تعلق منها بمدى حرية الاشتراك فيها .

ففى حين تتميز المناقصة المفتوحة بأن الاشتراك فيها يكون مكفولاً للناس كافة عن طريق الإعلان عن موضوع المناقصة والذى يتم فى الجرائد والمجلات . فإن المناقصة المحدودة يقتصر الاشتراك فيها على الأفراد أو المشروعات التى قررت الإدارة درج أسمائهم فى كشف خاص (١) . فمبدأ حرية المنافسة يجب أن يكون مكفولاً سواء فى هذه أو تلك .

ومبدأ حرية المنافسة – وإن كان يعنى حرية دخول المناقصة التى تعلن عنها الإدارة – إلا أن الأمر لا يعنى أن هذه الحرية مطلقة . فثمة قيود قد ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بمالها من سلطة تقديرية ، وتؤدى إلى حرمان بعض الأفراد أو المشروعات من دخول المناقصات العامة ، دون أن يعد ذلك إخلالاً بمبدأ حرية المنافسة الواجب توافره فى إجراءات المناقصة .

---

(١) فؤاد العطار – وسائل تعاقد الادارة – نظرية المناقصة والممارسة – مجلة مجلس الدولة – س ٥ يناير ١٩٥٤ ص ٢٧٣ .

المطلب الثانى

حدود مبدأ حرية المنافسة

" الحرمان من دخول المناقصة "

إذا كان مبدأ حرية المنافسة يعنى حرية دخول المناقصة ، فإن هذا المبدأ يتحدد بما يكون للإدارة من سلطة فى تقرير حرمان أحد الأشخاص او المشروعات من التقدم للمناقصات العامة التى تجريها . وقرار الإدارة بالحرمان قد يكون موقوتاً وقد يكون غير محدد المدة . وقد يكون مانعاً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التى تجريها الإدارة وقد يقتصر على بعضها .

وفى كل الأحوال يترتب على قرار الإدارة بالحرمان عدم قبول العطاءات التى يتقدم بها الشخص المحروم حتى ولو كانت هذه العطاءات مستوفاة لكافة الشروط التى حددتها الإدارة (١) .

وعلاوة على سلطة الإدارة فى حرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة . فإن القانون قد ينص فى حالات محددة على الحرمان كعقوبة تبعية .

وحرمان الأفراد والمشروعات من دخول المناقصات العامة قد يكون حرماناً جزائياً وقد يكون حرماناً وقائياً . وذلك على التفصيل التالى :

---

(١) أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٣ ص ١٥١ .

Quancard (M .) : op . cit . p . 97 .

الفرع الأول

الحرمان الجزائى

وهنا يكون تقرير الإدارة حرمان شخص معين – طبيعياً كان أو معنوياً – من دخول المناقصات العامة التى تدعو إليها بمثابة جزاء يوقع على هذا الشخص . وهذا الحرمان الجزائى قد يكون منصوصا عليه فى القانون . كما قد يكون جزاء مقرراً على الشخص الطبيعى أو المعنوى لسبق ارتكابه أخطاء أو جرائم فى تنفيذ عمليات سابقة تعاقد عليها مع الإدارة .

أولاً : الحرمان الجزائى بنص القانون :

والحرمان الجزائى بنص القانون ، يكون فى صورة عقوبة أصلية أو تبعية عن أفعال ارتكبها الشخص المحروم .

ومن ذلك ما ينص عليه قانون العقود الفرنسى من حرمان الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الذين لم يقدموا إقراراتهم الضريبية حتى ٣١ ديسمبر من السنة السابقة لتلك التى جرى فيها الإعلان عن المناقصة أو المزايدة . وينطبق نفس الأمر على من يتخلف من هؤلاء الأشخاص عن سداد الالتزامات التى ترتبها قوانين التأمين الاجتماعي . كما ينص هذا القانون أيضاً فى مادته ٤٩ على اعتبار الحرمان الجزائى كعقوبة تبعية فى الحالات الآتية :

أ – حالة الحكم بعقوبة جنائية فى إحدى المخالفات المنصوص عليها فى قانون الضريبة العامة .

ب – المشروع الذى يُظهره شخص محكوم عليه فى جريمة التهرب الضريبى .

ج - المشروع الذى يتصرف باسمه شخص محظور عليه دخول المناقصات العامة (١) .

وفى مصر أورد قانون العقوبات نصاً عاماً حيث تقضى المادة ٢٥ بأن " كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية :

أولاً : القبول فى أى خدمة فى الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد أو ملتزم أياً كانت أهمية الخدمة ..." .

وفى هذه الحالات يستند حرمان الشخص الطبيعى أو المعنوى من دخول المناقصات العامة إلى نصوص القانون . ومن ثم لا تعدو سلطة الإدارة فى ممارسة هذا الحرمان أن تكون مجرد تطبيق هذه النصوص القانونية .

ثانياً : الحرمان الجزائى الموقع من قبل الإدارة :

وفى هذه الحالة يكون الحرمان جزاء يوقع على المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله بالتزاماته العقدية كسبق ارتكابه أخطاء فى تنفيذ ارتباطات سابقة مع الإدارة .

ومن ثم يعتبر جزاء تعاقدياً يخضع لأحكام نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى ، وأهم هذه الأحكام أن سلطة الإدارة فى توقيعه على المتعاقد معها تخضع لرقابة القضاء ، وأن كانت الإدارة تستطيع تطبيق هذا الجزاء بقرارات إدارية استناداً إلى امتياز التنفيذ المباشر الذى تمارسه الإدارة إعمالاً للسلطة العامة المخولة لها قبل الأفراد (٢) .

---

(١) De Laubader : op . cit . pp . 601 et s .
Quancard (M) : op . cit . pp . 97

(٢) توفيق شحاته - مبادئ القانون الإدارى - ١٩٥٤ - ص ٦٨٢ .
Quancard (M) : op . cit . p . 98 .

وسلطة الإدارة فى حرمان الشخص الطبيعى والمعنوى من الدخول فى المناقصات المستقبلية التى تعلن عنها نتيجة أخطاء سبق لهذا الشخص اقترافها فى تنفيذ عمليات سابقة مع الإدارة ، قد يكون منصوصاً عليها فى العقد بأوضاع معينة وبشروط محددة . وهنا لا يكون قرار الإدارة بالشطب أو الحرمان صحيحاً إلا إذا توافرت هذه الشروط .

أما فى حالة عدم وجود نص فى العقد أو فى كراسة الشروط ، فإن المادة ٨٥ من لائحة المناقصات " الملغاة " كانت تنص على الحرمان الجزائى كعقوبة تبعية على المقاول أو المتعهد فى حالتين :

أ - إذا استعمل المتعهد الغش أو التلاعب فى معاملته مع المصلحة أو السلاح . فحينئذ يشطب اسمه من بين المتعهدين وتخطر وزارة الخزانة بذلك لنشر قرار الشطب . ولا يسمح له بالدخول فى مناقصات حكومية ، هذا علاوة على إبلاغ أمره للنيابة العامة عند الاقتضاء .

ب - إذا ثبت على المتهد أو المقاول أنه شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الحكومة أو مستخدميها أو عملائها أو التواطؤ معه إضراراً بالسلاح أو الخزانة .

وقد وردت هذه الأحكام أيضاً فى نص المادة ٢٧ من القانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ حيث نصت على أن " يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائى فى الحالات الآتية :

١ - إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة المتعاقدة .

٢ - إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون.

٣ - إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب اسم المتعاقد فى الحالتين ١ ، ٢ من سجل المتعهدين أو المقاولين وتخطر وزارة المالية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية، ولا يخل فسخ العقد ومصادرة التأمين بحق الجهة الإدارية فى الرجوع على المتعاقد بالتعويضات اللازمة .. " .

وفى القانون الجديد نصت المادة ٢٤ على أن يفسخ العقد تلقائياً فى الحالتين الآتيتين :

أ) إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيرة الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة المتعاقدة أو فى حصوله على العقد .

ب) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب اسم المتعاقد فى الحالة المنصوص عليها فى البند أ من سجل الموردين أو المقاولين . وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية ... " .

ويلاحظ أن هذا القانون اسقط من عداد هذه الحالات حالة تقديم المتعاقد أو تابعيه رشوة إلى موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون . فهل يعنى ذلك أن ارتكابه مثل هذه المخالفة – لا يؤدى إلى فسخ العقد . ؟

نرى أنه يمكن ادخال هذا البند فى البند الأول والذى يتصل باستعمال المتعاقد سواء بنفسه أم بواسطة غيرة الغش أو التلاعب فى تعامله مع الجهة المتعاقدة أو فى حصوله على العقد .

وهنا يثور التساؤل ... عن حق الإدارة فى حرمان الشخص من التقدم إلى المناقصات العامة أو المزايدات فى غير الحالات السابقة ؟ .

ذهب جانب من الفقه إلى تقرير هذا الحق للإدارة تصدره كجزاء عن أى خطأ تعاقدى إذا ثبت هذا الخطأ فى حق المتعاقد معها (١) . وعلى ذلك تعتبر الأمثلة التى أوردتها المادة ٨٥ من اللائحة الملغاة والمادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ومن بعده المادة ٢٤ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إنما جاءت على سبيل المثال لا الحصر (٢) .

ونحن من جانبنا نخالف هذا الرأى ونذهب إلى أن الإدارة لا تستطيع أن تباشر سلطة الحرمان كجزاء لإخلال المتعاقد معها فى تنفيذ التزاماته إلا فى الحالات التى حددتها المادة ٢٤ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ . وإن كان ذلك لا ينفى حق الإدارة فى أن تستبعد من لا تراه جديراً بالدخول فى المناقصات العامة استناداً الى شرط السمعة .

وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها سنة ١٩٦٢ (٣) أن " ... لم ترد (تقصد المادة ٨٥ فقرة أولى) حرمان الإدارة من حقها فى شطب اسم المتعهد الذى يستعمل الغش والتلاعب فى حالة ما إذا لم تر فسخ العقد . أما إذا لم تر الإدارة فسخ العقد ، فانه يبقى لها حقها فى استبعاد من لا يتمتع بحسن السمعة من قائمة عملائها ذلك الحق الأصيل الذى لم يخل به نص المادة ٨٥ (المقابلة لنص المادة ٢٧ من القانون الحالى) " .

وعلى ذلك فإن الإدارة لا تستطيع أن تنزل جزاء الحرمان (الشطب) من دخول المناقصات العامة إلا فى الحالات التى تنص عليها المادة ٢٤ من

---

(١) أحمد عثمان عياد -- المرجع السابق -- ص ١٥٤ .

(٢) سليمان الطماوى .. الأسس العامة للعقود الإدارية -- دراسة مقارنة -- الطبعة الخامسة -- ١٩٩١ ص ٢٥٨ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا -- ١٧ فبراير ١٩٦٢ مجموعة -- المبادئ القانونية -- س ٧ ص ٣٣٤.

القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ . أو إعمالاً لشرط حسن السمعة كما سوف يأتى بيانه .

وفى نفس الاتجاه حكمت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها (١) أنه ... " ومن حيث إن المشرع قد حدد فى المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ (المقابلة للمادة ٢٤ من القانون الحالى) بإصدار قانون المناقصات والمزايدات ... وقد نصت على أن يشطب اسم المتعاقد إذا استعمل المتعاقد الغش أو التلاعب فى معاملته مع الجهة الإدارية المتعاقدة ، أو إذا ثبت أن المتعاقد قد شرع بنفسه أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر فى رشوة أحد موظفى الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون . ومن حيث إن المشرع قد حدد على سبيل الحصر الحالتين فإن أى قصور فى التنفيذ أو إخلال بالعقد أو عدم التنفيذ وفقاً للمواصفات الفنية ، فقد خول فيها المشرع صلاحيات وإجراءات أخرى تستطيع أن تتخذها حيال المقاول . ومن حيث إن الجهة الإدارية لم تذكر أنه قد قام بالمدعى سبب من الأسباب المبررة لشطب إسمه . ومن حيث إن وقف التعامل مع المدعى هو من قبيل شطب الاسم ويرتب ذات الأثر ... ومن حيث إنه إذا ما ثبت تقصير من المدعى فى التنفيذ أو مخالفة المواصفات الفنية تستطيع الجهة الإدارية أن تسلك حياله وتتخذ فى مواجهته الإجراءات المقررة فى هذا الشأن : أما وقف التعامل معه والذى يعتبر بمثابة شطب اسمه فهو رهين فقط بتوافر حالة من الحالتين – على غير سند صحيح من القانون خليقا بالإلغاء .. " .

ونظراً لخطورة الآثار المترتبة على قرار الإدارة بحرمان الشخص من دخول المناقصات نتيجة لإخلاله السابق بالتزاماته العقدية أو استخدامه الغش أو تقديمه الرشوة بطريق مباشر أو غير مباشر لأحد موظفى الإدارة . فإن القضاء

---

(١) محكمة القضاء الإدارى – ٢٩ مارس ١٩٨٧ – الدعوى رقم ١٤٨ لسنة ٤٠ ق (غير منشور) .

فى إسباغ رقابته على قرار الإدارة بالحرمان يشترط أن يكون المتعاقد عالماً بالغش قاصداً التلاعب .

وعلى ذلك فإن مجرد المخالفة فى المواصفات التى لا ترقى إلى درجة الغش لا تبرر للإدارة حرمان الشخص من التقدم فى المناقصات . وفى ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا " .. مجرد مخالفة المواصفات المتفق عليها مع الإدارة لا يشكل غشاً أو تلاعباً يدعو إلى شطب اسم المتعهد من قائمة المتعاملين مع الإدارة ، إذ يلزم حتى ترقى مخالفة المواصفات الى مرتبة الغش أن يثبت علم المتعهد بهذه المخالفة بما ينطوى عليه هذا العلم من الخداع من جانب المدعى فى حقيقة الشئ المسلم من حيث نوعه أو طبيعته أو صفاته الجوهرية التى جرى التعاقد عليها ففى هذه الحالة يتوافر سوء القصد الدال على استعمال الغش المبرر للشطب ... " (١) .

وقضت أيضاً بأن " ... مخالفة مواصفات التوريد لا تعتبر غشاً ما لم يثبت أن المورد كان على علم بهذه المخالفة وأتى من الأفعال ما يخفى المخالفة عن جهة الإدارة أو يجعل من المتعذر عليها اكتشافها متى ثبت أن المورد الذى يشترى الجبن من آخرين أو يتفق معهم على تصنيعه لا دليل على علمه بمخالفة الجبن للمواصفات أو اتفاقه على توريد جبن مخالف للعقد فلا يفترض فيه هذا العلم إلا إذا كان هو صانع الجبن الذى يورده .. " (٢) .

وفى حكم آخر قضت ذات المحكمة " ... بأن المدعى الذى تعاقد مع جماعة ... على توريد أصناف غذائية دأب على توريد هذه الأصناف بأقل من الكميات المطلوبة وغير صالحة للإستهلاك الآدمى وهو أمر يكشف بما لا يدع

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – رقم ٩٢٩ لسنة ٩ ق – ١٧ يونيه ١٩٦٧ – المجموعة س ١٢ ق ص ١١٩٢ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٢٦ – ق جلسة ٩ أبريل ١٩٨٥ – القاعدة ١٤٠ ص ٩٢٥ .

مجالاً للشك عن نية مبيتة للتلاعب والغش بهدف الحصول على الأموال العامة بدون وجه حق .. ومن ثم حق لها أن توقف التعامل معه وأن تجنب المصالح الحكومية التورط معه فى عقود توريد أخرى تكون مسرحاً لغشه وتلاعبه ... " (١) .

والأصل أن قرار الإدارة بحرمان الشخص من دخول المناقصات العامة لا ينصب إلا على المناقصات التى تجريها الجهة (مرفق – وزارة – مصلحة) التى أصدرت القرار . على أنه فى أحوال كثيرة تقوم الإدارة تحقيقاً لمصلحة جميع المرافق والهيئات التابعة لها – بتبادل وتعميم قوائم المحرومين من دخول المناقصات العامة .

والمادة ٢٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن المناقصات والمزايدات العامة تنص على أن " ... ويشطب إسم المتعاقد من سجل الموردين أو المقاولين . وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية .

ويتم بناء على طلب المتعاقد الذى شطب اسمه إعادة قيده فى سجل الموردين أو المقاولين إذا انتفى سبب الشطب بصدور قرار من النيابة العامة بالأوجة لإقامة الدعوى الجنائية ضده أو يحفظها إداريا أو بصدور حكم نهائى ببراءته مما نسب إليه ، على أن يعرض قرار اعادة القيد على الهيئة العامة للخدمات الحكومية لنشرة بطريق النشرات المصلحية . "

وتنص المادة ١٤ من القانون الجديد على أن " وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة سواء كان المنع بنص فى القانون أو بموجب قرارات إدارية

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – طعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٢٥ ق جلسة ٢٩ فبراير ١٩٨٤ س ٢٩ العدد الأول قاعدة ١١٥ ص ٧١٧ .

تطبيقاً لأحكامه ، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية ، ويحظر التعامل مع المقيدين فى هذا السجل " .

ومن الجدير بالذكر أن المادة السابعة من القانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ كانت تلزم الجهة الادارية بالرجوع إلى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة لأخذ رأيها فى نشر هذه القرارات . وهو شرط لم يأت فى القانون الجديد . ومن ثم فإن جهة الادارة لا تلتزم به فى ظل القانون الجديد ، ولا شك أن ذلك يؤدى .

وحددت المادة السادسة من الفصل الأول من قانون اليونسترال حالات الحرمان من دخول المناقصة بنصها على ضرورة توافر عدة شروط فيمن يتقدم بعطائه فى المناقصة وفقاً لأحكام هذا القانون .

١ -

٢ -

٣ - أن يكونوا غير معسرين ، أو تحت الحراسة القضائية ، أو مفلسين أو قيد التصفية ، وألا تكون أعمالهم تدار بمعرفة محكمة أو موظف قضائى ، ولم توقف أنشطتهم التجارية ، ولا يواجهون إجراءات قانونية لأى سبب من الأسباب التى تقدم ذكرها .

٤ - أن يكونوا قد أوفوا بالتزاماتهم المتعلقة بدفع الضرائب واشتراكات الضمان الاجتماعي فى هذه الدولة .

٥ - ألا تكون قد صدرت ضدهم أو ضد مديريهم أو موظفيهم أحكام بالإدانة فى جريمة تتعلق بسلوكهم المهنى أو بسبب تقديم بيانات كاذبة أو محرفة بشأن أهليتهم للدخول طرفاً فى عقد الاشتراء فى غضون سنة .

الفرع الثانى

الحرمان الوقائى

فى حالة الحرمان الوقائي تقوم الإدارة بإصدار قرار إدارى بمقتضى سلطتها التقديرية بحرمان الشخص الطبيعى أو المعنوى من التقدم إلى المناقصات العامة (١) .

وهو بذلك يختلف عن الحرمان الجزائى فى أن هذا الأخير يكون عقوبة تتقرر بنص القانون حينا ونتيجة لإخلال الشخص المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية . كما سبق وأوضحنا . بينما الحرمان الوقائى يكون بمجرد قرار إدارى من الإدارة حيث تقدر – بمطلق سلطتها التقديرية – حرمان الشخص الطبيعى أو المعنوى – من الدخول فى المناقصات العامة لأسباب تتصل بالمصلحة العامة .

والحرمان الوقائى قد يكون بنص القانون ، كما قد يكون صادراً عن الإدارة لاعتبارات تقدرها تحقيقا للمصلحة العامة . وذلك كله على التفصيل الآتى :

أولاً .. الحرمان الوقائى بنص القانون .

يكون الحرمان الوقائى بنص القانون فى حالة ما إذا قدر القانون ضرورة منع أشخاص محددين بصفاتهم من دخول المناقصات العامة والمزايدات وذلك حماية للمصلحة العامة ، ومن ذلك حظر دخول الموظفين العموميين وموظفى السلطات المحلية فى المناقصات العامة .

---

(١) **De Laubadere : op . cit . p 606 .**

ففى القانون الفرنسى تحظر المادة الثامنة من المرسوم الصادر فى ٤ فبراير ١٩٥٩ رقم ٢٤٤ على الموظف العام بالذات أو بالوساطة الدخول فى مناقصات أو مزايدات فى دائرة اختصاصهم .

كما أن المادة ١٧٥ من قانون العقوبات الفرنسى تحظر على الموظف العام حصوله على منفعة مادية أو معنوية من المزايدات أو المناقصات التى تحدث فى نطاق اختصاصهم .

كما أن قانون العقود الفرنسى يحظر على السلطات البلدية المنتخبة دخول المناقصة العامة سواء بالذات أو بالوساطة . بل إن هذا القانون يجعل من صفة المقاول أو المتعهد مانعاً من موانع الترشيح فى الانتخاب فى ذات الدائرة التى يمارسون فيها نشاطهم (١) .

وفى مصر كانت المادة السابعة من لائحة المناقصات الملغاة تنص على أنه لا يجوز لموظفى الحكومة أو مستخدميها التقدم بعطاءات فى المناقصات ، كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال.

وعلى هذا الحكم نصت المادة ٣٩ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يحظر على العاملين بالجهات التى تسرى عليها احكام هذا القانون التقدم – بالذات أو بالواسطة – بعطاءات أو عروض لتلك الجهات ، كما لا يجوز شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال . " (٢)

والحظر الذى يمنع على الموظفين الدخول فى المناقصات والمزايدات العامة يهدف إلى حماية المصلحة العامة على أنه يعتبر حظراً موقوتاً إذ أنه

---

(١) المرجع السابق – ص ٦٠٠ هامش ١٠ .

(٢) أورد القانون على ذلك استثناء يتعلق بشراء الكتب من تأليفهم أو تكليفهم بأعمال فنيه كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الأعمال الفنية منهم إذا كانت ذات صلة بالأعمال المصلحية .

يزول بزوال سببه وهو انتهاء الرابطة الوظيفية بين الموظف والإدارة إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك .

كما تنص المادة ٩٥ من الدستور المصرى الصادر فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ على أنه " ... لا يجوز لعضو مجلس الشعب أثناء مدة عضويته أن يشترى أو يستأجر شيئاً من أموال الدولة وأن يؤجرها أو يبيعها شيئا من أمواله أو أن يقاضيها عليه أو أن يبرم مع الدولة عقداً بوصفه ملتزماً أو مقاولاً ... " .

كما أن هذا الحظر يسرى أيضاً بالنسبة لأعضاء مجلس الشورى وذلك تطبيقاً للمادة ٢٠٥ من الدستور ، والتى تقضى بأن " تسرى فى شأن مجلس الشورى الأحكام الواردة بالدستور بالمواد ... ٩٥ " .

وهذا النص الدستورى واضح الدلالة على حرمان أعضاء مجلس الشعب والشورى من التقدم بعطاءاتهم فى المناقصات والمزايدات العامة وذلك للنأى بهم عن مواضع الشبهات . وتمكينا لهم من ممارسة دورهم الرقابى على أعمال السلطة التنفيذية .

وعلى ذلك نرى أن ما تقرره المادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب من أن " الحظر الوارد بالمادة ٩٥ من الدستور لا يسرى على التعاقد الذى يتم طبقا لقواعد عامة تسرى على الكافة " . يصطدم مع نص الدستور الوارد بالمادة ٩٥ والذى يحظر بصفة عامة أى تعامل بين عضو مجلس الشعب والشورى وبين الدولة . كما أن الغاية من الحظر تكمن فى الحيلولة بين مركز العضو النيابى وبين التعاقد مع الدولة حتى لا يستغل وظيفته النيابية لأغراض خاصة تتنافى مع المصلحة العامة وهو أمر يمكن أن يتحقق حتى مع عمومية قواعد التعاقد (١) .

---

(١) فى تفصيل ذلك راجع : مؤلفنا الوسيط فى القانون الدستورى ١٩٩٥ – ١٩٩٦ – دار النهضة العربية ص ٤٥٢ .

وفى ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٠ ملف رقم ٧١/١/٧ " . فنص المادة ٩٥ صريح فى معناه ودلالته وضاح فى حكمه من عبارته وما سيقت له ، وهو صادر عن نظر الدستور فى ريبة – إلى هذه البيوع والإيجارات والمناقصة والالتزام والتوريد والمقاولة من قبلهم مع الدولة فأراد درأها عنهم فحظرها كلية وعلى أى صورة كانت بثمن المثل أو القيمة الحقيقية إبعاداً لهم عن الشبهة وتنزيهاً عن الظن وهذا أزكى لهم وأكفل بقيامهم بواجبات عضويتهم وعدم الإفادة خلال مدة عضويتهم من أية منفعة شخصية نتيجة لها أو تكون مظنة لذلك وأن فى ذلك لتوطيد بالثقة العامة بهم . وأن ما جاء بالمادة ٢٧١ من اللائحة الداخلية لمجلس الشعب ، لا يعتد به ويعول عليه فى إجازة ماحظره الدستور ونص عليه صراحة فى المادة ٩٥ منه مما يجب التزامه وعدم تعدى حدوده .

ثانياً .. الحرمان الوقائى بمقتضى سلطة الإدارة التقديرية .

الحرمان الوقائى كما يكون بنص القانون ، فغنه قد يكون بقرار يصدر عن الإدارة بما تملك من سلطة تقديرية تمارسها تحت رقابة القضاء الإدارى الذى يضمن عدم إساءة استعمال الإدارة لهذه السلطة وانحرافها عن الهدف الأساسى الذى حدده القانون وهو حماية المصلحة العامة .

وعلى ذلك جرى قضاء مجلس الدولة سواء فى فرنسا أو فى مصر . فقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى مصر بان " .. **الوزارة لها الحق وهى بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها فى أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية** لأداء هذه الأعمال ، وقرارها فى هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ، ولا يطعن عليه إلا إذا شابه عيب

إساءة استعمال السلطة وفى هذه الحالة يجب أن يكون لهذا الطعن أدلة تسنده وتكون مستمدة من أوراق الدعوى . " (١) .

وفى نفس الاتجاه قضت المحكمة فى حكم آخر أ، " .. قرارات الحرمان التى تصدرها الإدارة فى هذا الخصوص تجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإداري ، وفيما للإدارة من سلطة فى وضع مثل القواعد التى تنظم أعمال المناقصة .. " (٢) .

وقرارات الحرمان التى تصدر عن الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية . يمكن أيضا أن تلحق بالمقاول أو المتعهد الذى لم يسبق له التعامل مع الإدارة مباشرة وإنما كانت له صلة ملحوظة بتنفيذ عقودها مع الغير ومن ذلك مثلاً دخوله كمقاول من الباطن . وفى ذلك تقضى المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩ إبريل ١٩٨٥ بأنه " .. ومن حيث أن حظر التعامل كما يجوز بالنسبة للمتعهدين والمقاولين مع الجهات الإدارية بسبب العجز فى تنفيذ التزام قائم أو سابق عملاً بحكم المادة ٨٥ من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ فيجوز أيضا بالنسبة للمتعهدين والمقاولين الذين لم يسبق لهم التعامل مع الجهات الإدارية والذين كانت لهم صلة بتنفيذ بعض العقود الإدارية سواء كانت هذه الصلة مقررة فى هذه العقود أو ملحوظة عند تنفيذها (٣) .

ويتفق هذا القضاء مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي والذى يرى أن قرارات الإدارة بالحرمان إنما تصدر عن سلطة تقديرية ، والتى لا يجوز

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري فى القضية رقم ١٧٦٨ لسنة ٦ ق بتاريخ ٣٠ مارس ١٩٥٦ مجموعة المبادئ س ١٠ قاعدة رقم ٢٨٤ ص ٢٧١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢١ أبريل ١٩٥٧ – فى القضيتين ٢٩٤٦ لسنة ٧ ق و ٧٣٠٢ لسنة ٨ ق – مجموعة المبادئ س ١١ – ص ٣٦٩ .

(٣) سبق الإشارة إليه .

للقضاء أن يعقب عليها مهما كانت الظروف التى يصدر بمناسبتها قرار الحرمان (١) .

وقضى مجلس الدولة الفرنسى بأن الإدارة لها كامل السلطة التقديرية فى تقرير حرمان شخص من دخول المناقصة ، ولا يجوز للقاضى التعقيب على هذا القرار إلا فى حالتين : الانحراف بالسلطة أو انعدام الأسباب (٢) . والإدارة وهى تصدر قرار الحرمان الوقائى تحدد نطاقه سواء من حيث المدة التى يسرى تطبيقه خلالها أو من حيث نوع المناقصات التى يكون محدوداً بها . على أنه فى كل حال يكون أثر قرار الحرمان مقصوراً على المناقصات التى تجريها الجهة التى أصدرت قرار الحرمان ولا تعمم إلا إذا رأت الإدارة تعميم هذه القوائم أو تبادلها بين جهاتها المختلفة .

ولما كان القرار بالحرمان يصدر عن سلطة تقديرية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فإن الإدارة يكون لها نفس السلطة التقديرية فى إلغاء قرار الحرمان أو الحد من آثاره .

---

(١) C . E . 5 . Juillet 1902 Vautilhe Rec. p 500 .

(٢) C . E . 25 Nov . 1952 Rec . p . 941 .
C . E . 28 Jan . 1944 – pnos – Rec . p . 37 .
C . E . 26 Jan . 1966 – Société ouest péinture ec . p . 61 .

الفرع الثالث

الأحكام القانونية للحرمان

تتصل هذه الأحكام ببيان كيفية الطعن فى قرارات الحرمان . وماهية الآثار القانونية لقرارات الحرمان (١) .

أولاً .. الطعن فى قرارات الحرمان .

١ – إمكانية الطعن فى قرارات الحرمان

عرفنا – فيما سبق – أن قرارات الحرمان قد تكون جزاء حدده القانون أو أنزلته الإدارة على المتعاقد معها نتيجة لارتكابه أخطاء سابقة رأت الإدارة أنها تشكل مبرراً لإنزال هذا العقاب عليه . كما قد تكون هذه القرارات بالحرمان مجرد إجراء وقائى تقدر الإدارة عن طريقه عدم جدارة هذا الشخص المحروم للتقدم بعطائه فى المناقصات والمزايدات التى تجريها جهة الإدارة .

على أن سلطة الإدارة فى إصدار قرارات الحرمان سواء كانت تطبيقاً لنص قانونى أو صدرت منها بمقتضى سلطتها التقديرية تخضع لرقابة القضاء الإداري باعتبار أن قرارها فى ذلك قرار أدارى يخضع للطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة .

فمن ناحية أولى : يستطيع القاضى الإداري بحث سلامة تطبيق الإدارة لنصوص القانون التى تقضى بالحرمان الجزائى ، ويتثبت من سلامة هذا القرار .

وفى ذلك تقضى محكمة القضاء الإداري " .. بأن قرارها (تعنى الإدارة) فى هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها التقديرية ، ولا يطعن عليه إلا

---

(١) Q uancard (M) : op . cit . p . 102 .

إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة . وفى هذه الحالة يجب أن تكون لهذا الطعن أدلة تسنده وتكون مستمدة من اوراق الدعوى .. " (١) .

وفى نفس الاتجاه قضى مجلس الدولة الفرنسى ، بأن الإدارة لها كامل السلطة التقديرية فى تقرير حرمان شخص من دخول المناقصة ولا يجوز للقاضى التعقيب على هذا القرار إلا فى حالتى الانحراف بالسلطة أو انعدام الأسباب (٢) .

وعلى ذلك فليس معنى أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى إصدار قرارات الحرمان الوقائى أن تنجو من رقابة القضاء بصفة تامة. إذ أن الإدارة مقيدة حتى فى مجال السلطة التقديرية ، بأن يكون الغرض من عملها هو الصالح العام ، فهذا الصالح العام يعتبر قيداً عاماً تلتزمه الإدارة سواء فى مجال سلطتها المقيدة أو فى مجال سلطتها التقديرية . فإذا انحرفت الإدارة عن هذا الغرض – أى تحقيق الصالح العام – كان قرارها معيباً بعيب إساءة استعمال السلطة ، وكان لذلك باطلاً .

ولا تعتبر رقابة القضاء للغرض تجاوزاً منه لحدود رقابته للمشروعية ذلك لأن الغرض يعتبر ركناً من أركان العمل الإدارى " وتعتبر سلامته شرطاً من شروط صحته القانونية اى من شروط مشروعيته " (٣) .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٣٠ مارس ١٩٥٦ . سابق الاشارة اليه .

(٢) C. E. 25 Nov. 1925 vautilhe Rec. p. 500.
C. E. 28 Janv. 1944 pons. Rec. p. 37.
C. E. 26 Janv. 1966 Société ouest reinture – Re. p. 61

(٣) محمود حافظ – القضاء الإدارى فى القانون المصرى والمقارن – الطبعة الثامنة – ١٩٨٩ – دار النهضة العربية – ص ٥٢ .

٢ - ميعاد الطعن فى قرارات الحرمان .

حدد القانون ميعاداً قصيراً يجب أن ترفع خلاله دعوى الإلغاء . فإذا رفع صاحب المصلحة دعواه طالباً إلغاء قرار إدارى بعد فوات هذه المدة تعين على المحكمة أن تقضى بعدم قبول الدعوى لفوات الميعاد (١) .

بيد أن هذا الميعاد لا يسرى على القرارات الصادرة من الإدارة بحرمان أحد الأشخاص من التقدم بعطاءاتهم فى المناقصات والمزايدت العامة . وذلك على اعتبار أن هذه القرارات من القرارات المستمرة . ولذلك يظل الميعاد مفتوحاً طالما ظل القرار قائما ومستمراً فى انتاج آثاره . وفى ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها بجلسة ٢٥ فبراير ١٩٨٤ فى الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٢٥ ق (٢) . أن " .. قرار الإدارة بشطب اسم المتعهد من سجل الموردين المحليين يترتب عليه تعديل مركزه القانونى تعديلاً مستمراً بحيث يمتنع عليه الدخول فى المناقصات الحكومية فى المستقبل مادام قرار الشطب قائما ومنتجا لأثاره . ولصاحب الشأن أن يسعى لدى الإدارة لإعادة قيد اسمه فى سجل المتعهدين إذا انتفى السبب الذى ترتب عليه شطب الاسم ولو كان ذلك بعد فوات ميعاد السحب او الطعن القضائى بالإلغاء فى قرار شطب الاسم ولو كان المشرع قد أجاز بذلك أن يكون قرار الإدارة بشطب اسم المتعهد من سجل الموردين محلاً للسحب بعد فوات مواعيد الطعن فيه بالإلغاء فإن مؤدى ذلك - وبالنظر إلى الآثار المستمرة لقرار شطب الاسم إلى ما بعد انقضاء ميعاد الطعن فيه بالإلغاء - وبالمقابل لما قرره المشرع من جواز سحب قرار شطب اسم المتعهد فى أى وقت فإنه يجوز أن يكون ذلك القرار

---

(١) هذا الميعاد شهران فى القانون الفرنسى و ٦٠ يوما فى القانون المصرى .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - مجموعة المبادئ القانونية - س ٢٩ العدد الأول قاعدة ١١٥ ص ٧٠٩ .

محلاً للطعن بالإلغاء فى أى وقت ما ظل قائما ومستمراً فى انتاج آثاره لا سيما وأن الدعوى القضائية أقوى فى معنى السعى لتعديل المركز القانونى المستمر الناتج عن قرار شطب اسم المتعهدين من سجل الموردين من مجرد تقديم الطلب إلى الإدارة لسحبه ذلك القرار ... " .

ثانياً ... الآثار القانونية لقرارات الحرمان .

يترتب على قرار الحرمان شطب اسم المقاول أو المتعهد من سجل الموردين أو المتعهدين أو المقاولين المعتمدين لدى جهة الإدارة . وينتج عن ذلك بالضرورة حرمان المقاول أو المتعهد من التقدم بعطائه فى المناقصات والمزايدات التى تعلن عنها جهة الإدارة .

وتقوم وزارة المالية من خلال الهيئة العامة للخدمات الحكومية بنشر قرارات شطب الموردين والمقاولين وذلك وفقاً للقواعد السابقة ١٩٨٣ . والأصل أن وزارة المالية ليس لها أية سلطة تقديرية فى نشر قرار شطب الاسم من عدمه . فإذا قررت الجهة الإدارية المتعاقدة شطب اسم المتعاقد معها سواء كان هذا الشطب تطبيقاً لأحكام الحرمان الجزائى أو الحرمان الوقائى – يتعين على وزارة المالية احترام هذا القرار ونشره وينبنى على ذلك أنها لا تعتبر خصماً أصيلاً فى الدعاوى التى تقام طعناً على مثل هذه القرارات والتى يتعين توجيهها إلى الجهات التى أصدرتها (١) .

على أن قرار الإدارة بحرمان شخص معين من التقدم إلى المناقصات والمزايدات العامة ، وما يترتب على ذلك من شطب اسمه من سجل المقاولين والموردين والمتعهدين يثير عدة تساؤلات .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا . فى الطعن رقم ١٠٧١ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٦/١/٢٩ . المجموعة فى ١٥ سنة (١٩٦٥ – ١٩٨٠) الجزء الثانى – ص ١٩٠٩ .

فمن ناحية أولى : هل يؤثر قرار الشطب على المتعاقد المبرم قبل صدور قرار الشطب ؟ ومن ناحية ثانية : يثور التساؤل حول إمكانية تخلى المتعاقد مع الإدارة عن التزامه وحقوقه لشخص محروم من دخول المناقصة . وذلك على الوجه التالى :

١ - أثر شطب اسم المقاول أو المتعهد على تنفيذ التعاقدات السابقة:

القرض هنا أنه يوجد بين الإدارة والمتعاقد عقد يجرى تنفيذه . وفى هذه الأثناء أصدرت الإدارة قراراً بحرمان الشخص من التقدم للمناقصات والمزايدات العامة . والتساؤل هنا هل يستمر المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد أم يترتب على صدور مثل هذا القرار وقف تنفيذ العقد تمهيداً لفسخ العقد وعدم استكمال تنفيذه ؟

فى الحقيقة ينبغى التفرقة بين حالتين : الأولى : حالة صدور قرار الحرمان استناداً إلى نص القانون يستوى فى ذلك أن يكون عقوبة تبعية . كما تقضى بذلك المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات المصرى . أو يكون حرمانا وقائيا كالذى يسرى على العاملين بوحدات الجهاز الإدارى بالدولة ووحدات الحكم المحلى والهيئات العامة (المادة ٣٨ من قانون ٩ لسنة ١٩٨٣) وكذلك حرمان أعضاء مجلس الشعب والشورى كما تقضى بذلك المادة ٩٥ من الدستور .

أما الحالة الثانية فهى حالة قرارات الحرمان التى تصدر من الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية .

ففى الحالة الأولى : ذهبت محكمة النقض المصرية فى حكم لها "... أن عقوبة الحرمان التبعية بمقتضى نص المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات تستتبع عدم أهلية المحكوم عليه للتقاضى أمام المحاكم سواء بصفته مدعيا عليه ، ويمثله أمامها القيم الذى عينته المحكمة المدنية . وأن البطلان الذى يلحق أى

عمل من أعمال الإدارة أو التصرف الذى يجريه المحكوم عليه بالمخالفة لحكم القانون هو بطلان جوهرى بحيث يترتب عليه إلغاء الإجراء ذاته . " (١) .

وعلى ذلك فإن قرار الحرمان هنا يؤدى إلى عدم أهلية المتعاقد مع الإدارة فى الاستمرار فى تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الإدارة . وهذا "لا يرجع إلى نقص فى أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة وللضرورة من جهة أخرى " (٢) . هذا فضلاً عن كون هذا الحرمان مقرراً لمصلحة المجتمع لا لمصلحة المحكوم عليه كما فى سائر أحوال نقص الأهلية أو انعدامها (٣) .

على أن هذا الحكم لا يترتب عليه بالضرورة فسخ العقد ، وإنما للقيم الذى تعينه المحكمة أن يتولى مباشرة تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها مع الإدارة . وذلك ماعدا الحالات التى تكون فيها شخصية المتعاقد مع الإدارة محل اعتبار فى العقد . وذلك مثل حالة التعاقد مع فنان لرسم لوحة أو تصميم معين فهنا لا يستطيع القيم أن يقوم بتنفيذ هذه الالتزامات مما يترتب عليه بالضرورة فسخ العقد .

ونعتقد أيضا أنه يجب تطبيق ذات القواعد التى تقضى بضرورة تنحى الشخص المتعاقد مع الإدارة إذا التحق بوظيفة حكومية أو أصبح عضواً بمجلس الشعب أو بمجلس الشورى . فمما لا شك فيه أن بواعث قرار الحرمان فى الحالتين تختلف اختلافاً بيناً . ففى حين يعتبر قرار الحرمان بمقتضى نص

---

(١) نقض مدنى – طعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٤٨ ق فى ١٣ يونيه ١٩٧٩ – مجموعة أحكام النقض س ٣٠ عدد ٢ ص ٦٢٠ .

(٢) السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – المجلد الأول – نظرية العقد ١٩٨١ – ص ٣٧٦ .

(٣) سليمان مرقس – الوافى فى شرح القانون المدنى – المجلد الأول – نظرية العقد – ١٩٨٧ – ص ٣٢٨ هامش ٧٢ .

المادة ٤/٢٥ من قانون العقوبات عقوبة تبعية بنص القانون ، فإن الحرمان فى الحالة الأخرى يعتبر إجراء وقائيا مبناه الخشية من استخدام الشخص إمكانياته الوظيفية أو النيابية للإضرار بمصلحة الإدارة والذى يعنى فى النهاية الإضرار بالمصلحة العامة .

أما الحالة الثانية : والتى تكون فيها قرارات الحرمان صادرة من الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية . فالفرض هنا أن الإدارة قد تعاقدت مع المقاول أو المتعهد وهو مقيد بسجل المقاولين أو المتعهدين . ثم صدر عن الإدارة قرار بشطب اسمه فى تاريخ لاحق لهذا التعاقد .

على أن الشطب فى هذه الحالة لم يكن أثراً لعقوبة تقررت بنص القانون . وإنما كان بسبب قرار بالحرمان أصدرته الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية . ونرى فى هذه الحالة أن مثل هذا الشطب لا يؤثر على العقود التى سبق أن أبرمتها الإدارة مع هذا المقاول أو المتعهد .

وقد عرضت هذه المسألة على إدارة الفتوى لشئون الأزهر بمجلس الدولة وكانت تتلخص الواقعة فى أنه قد تم إسناد عملية تنفيذ أسقف حظائر الأغنام بكلية الزراعة جامعة الأزهر على أحد المقاولين بتاريخ ١١ مارس ١٩٩٢ ثم ورد كتاب دورى من الهيئة العامة للخدمات الحكومية متضمناً حظر التعامل مع هذا المقاول نظراً لصدور قرار بشطبه من سجل المقاولين بالقرار رقم ٤٠٦ بتاريخ ٢ أغسطس ١٩٩٢ فأفتت هذه الإدارة بأنه " ... يتعين تنفيذ العقد المبرم مع المقاول فى هذه العملية وصرف المستخلصات حتى يتم الانتهاء من تنفيذ هذا العقد استنادا إلى أن المشرع ألزم الجهة الإدارية بأن تمسك سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل سواء كانوا موردين أم مقاولين متى وجد نص قانونى أو قرار إدارى بهذا المنع . وأورد حظراً على تلك الجهات بعدم التعامل مع هؤلاء المقيدين فى السجل المشار إليه وأن قرار الشطب فى الحالة المعروضة يحظر على الجامعة التعامل مع هذا المقاول اعتبارا من ٨ أكتوبر

١٩٩٢ تاريخ ورود كتاب الهيئة إلى الجامعة ، وأما ما تم من تعامل مع المقاول قبل ورود هذا الكتاب فإنه يبقى صحيحاً ونافذاً وعليه يتعين إعمال آثاره متى كان الإسناد فى تاريخ سابق على حظر التعامل معه ، ويتعين تنفيذ هذه العملية حسبما اتفق عليه فى العقد المبرم بينهما باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين (١) .

على أن سريان التعاقد السابق على صدور قرار الحرمان مرهون بأن يكون هذا التعاقد قد تم قبل صدور القرار بالحرمان . فإذا كان المقاول أو المتعهد يعلمان بحرمانهما من دخول المناقصات والمزايدات العامة ، ورغم ذلك تقدما إليها وتعاقدت معها الإدارة نظراً لعدم اتصال علمهما بقرار الحرمان . فإن هذا التعاقد يكون باطلاً وإن كان هذا البطلان مقرراً لمصلحة الإدارة تستطيع أن تتمسك به فى مواجهة هذا المتعاقد . كما لها أن تستمر فى تنفيذ العقد . وفى كل حال يكون للإدارة حق طلب التعويض وفقا للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية .

٢ - عدم جواز تخلى المتعاقد مع الإدارة عن التزاماته وحقوقه لشخص محروم من دخول المناقصة العامة .

لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التخلى عن التزاماته وحقوقه لشخص محروم من دخول المناقصة . لأن ذلك يعتبر تحايلاً على القرارات التى تصدرها جهة الإدارة بالحرمان وما يترتب عليه من شطب أسماء المقاولين والمتعهدين ومنعهم من التعاقد مع الإدارة مدة هذا الشطب . وهو ما يمثل غشاً يستوجب فسخ العقد والتعويض إن كان له مقتض .

---

(١) فتوى رقم ١١٩ فى ٧ ديسمبر ١٩٩٢ ملف رقم ٨٥/١/٦٧ . أحمد منصور - المشكلات العملية فى المناقصات والمزايدات - ١٩٩٥ ص ٢٤٥ .

وفى ذلك تقضى محكمة القضاء الإداري " ... أن أقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الإدارية ثم تخليه فعلاً عن التزامه وحقوقه إلى السيد ... المحروم من دخول مناقصات الوزارة يعد من قبيل الغش والتلاعب فى نطاق العقد الإدارى ... وما وقع من المدعى فى ارتكابه الغش والتلاعب مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير إنذار ومما يبرر حرمان المدعى من دخول المناقصات " (١) .

ويستوى فى ذلك أن يكون التخلى كلياً أو جزئياً وذلك لأن هذا وذاك يعتبر تحايلاً على قرارات الحرمان التى تصدرها الإدارة .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى - دعوى رقم ٥ لسنة ٢ ق جلسة ٣٠ يونيه ١٩٦٠ س ١٤ - ص ٦٩ .

المبحث الثانى

وضع مبدأ حرية المنافسة موضع التطبيق

ينقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وهى على التوالى كما يلى :

المطلب الأول : الإعلان عن المناقصة

المطلب الثانى : تحديد شروط المناقصة

المطلب الثالث :تحديد من له حق الاشتراك فى المناقصة

وذلك على الوجه التالى : -

المطلب الأول

الإعلان عن المناقصـــة

يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراء أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصات العامة . ومن مقتضاه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين فى التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التى يتم بمقتضاه التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة (١) .

وعلى ذلك فإن الإعلان عن المناقصة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد ، ومن ثم فإنه لا يمثل إيجاباً تتقدم به الإدارة إلى المتعاقد معها (٢) . وعلى ذلك استقر القضاء الإدارى المصرى حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد

---

(١) Quancard (M) : , op . cit . p . 74 et s .
Le clére (J) : op . cit pp 68 – 69 .

(٢) De Laubedere : op . cit p . 594 .

بعض الأصناف عن طريق التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد " (١) .

ومبدأ علانية المناقصة العامة يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة ومبدأ المساواة الواجب توافرهما فى إجراءات المناقصة العامة . إذ أنه يبين الإجراءات والشروط التى يمكن للمتقدمين للتعاقد مع الإدارة التنافس على أساسها .

وإذا كانت المناقصة – كأسلوب لإبرام العقد الإدارى – تستهدف أن تتعاقد الإدارة مع أفضل العروض المقدمة شروطاً وسعراً . فلا شك أن الإعلان عن إجراءات المناقصة سوف يعمل على تحقيق هذا الهدف الذى تسعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصة لإبرام العقد الإدارى (٢) .

ونظراً لأهمية الإعلان عن المناقصة ، فإن القوانين التى تنظمها دائما ما تحرص على النص عليه صراحة . فلقد نص عليه المشرع الفرنسى فى قانون العقود الإدارية وتطلب ضرورة توافره سواء فى عقود الدولة (المادة ٨٤) أو بالنسبة للعقود التى تبرمها المحليات (٣) .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧ – طعن رقم ٣٣٣ – س ١٠ المجموعة – س ١٣ ص ١٦٦ . والى ذلك تذهب محكمة النقض ففى حكم لها قضت ان طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على اساس الشروط الواردة فى قائمة الاشتراطات لا يعتبر قانونا ايجابا منها ، وإنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد أما الأيجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطائه بالشروط المبينه فيه " .

نقض مدنى فى ١٩٦٦/٣/٢٨ – مجموعة احكام النقض – س ١٧ – رقم ٩٩ ص ٧٣٠ .

(٢) Bonnard (R) : La passation des Marchés publics . Revue de droit public et de la scince politique n 59 , p . 159 .

(٣) Art : 84 : Les marchés par adjudication Compörtent obligatirement , la publicité de L'ouverture des soumission et d l'attribution provi – siore du marché .

ومبدأ الإعلان نصت عليه المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى مصر بقولها " يكون التعاقد على شراء المنقولات وتقديم الخدمات ومقاولات الأعمال ومقاولات النقل عن طريق مناقصات عامة يعلن عنها ... " وأكدت المادة الثانية من هذا القانون ذلك بقولها " .. تخضع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة .. " .

ولأهمية الإعلان عن المناقصة نص عليه القانون النموذجى لاشتراء السلع " اليونسترال " فلقد نص فى المادة ٢٢ فى فقرتيها الأول والثانية من الفصل الثالث على أن " تلتمس الجهة المشترية العطاءات أو إذا انطبق ذلك – طلبات التأهيل عن طريق نشر دعوة لتقديم العطاءات أو طلبات التأهيل تبعاً لمقتضى الحال .. وتنشر الدعوة إلى تقديم العطاءات أو طلبات التأهيل أيضاً بلغة تستخدم عادة فى التجارة الدولية ، فى صحيفة واسعة الانتشار دولياً أو فى نشرة متخصصة أو مجلة تقنية ذات صلة وواسعة الانتشار دولياً .. " .

وسوف نتناول هذا المطلب فى ثلاثة فروع كما يلى : -

نتناول فى الفرع الأول : موضوع الإعلان

وفى الفرع الثانى : كيفية الإعلان

أما الفرع الثالث : فنبحث فيه الأثر المترتب على مخالفة إجراءات المناقصة .

Art 280 : les maechés par adjudication Comportent obligatoirement 1 – la publicité de l'ouvertuc de somission et de l'attribution .

الفرع الأول

موضوع الإعــلان

يتمثل موضوع الإعلان عن المناقصة البيانات اللازمة التى تمكن المخاطبين بإجراءات المناقصة من العلم بها والإلمام بكل تفاصيل وجزئيات التعاقد المزمع إبرامه مع جهة الإدارة (١) .

وعلى ذلك تنص المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أنه " ... ويجب أن يبين فى الإعلان الجهة التى تقدم إليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف أو العمل المطلوب ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائى وثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها وأية بيانات أخرى تراها الجهة الادارية ضرورية لصالح العمل ... " .

وفى القانون الفرنسى ينظم بيانات الإعلان بمقتضى القرار الوزارى الذى أصدره وزير الاقتصاد الفرنسى فى ٢١ يناير ١٩٧٦ (٢) وطبقا لمقتضى هذا القرار يجب أن يتضمن الإعلان بيانات تبين موضوع المناقصة مع الشروط الأساسية لها ، والجهة التى تسحب منها كراسات الشروط ويقدم إليها العطاءات ، وميعاد البت فى المناقصة ، وكذلك المستندات التى يلزم تقديمها مع العطاء (٣) .

---

(١) سعاد الشرقاوى – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٣٦٩ .

(٢) J . O . 30 Janvier 1976 p . 765 .

(٣) De Laubadere : op . cit . p . 596

Auby (jean-fran p ais) : L'Europe des Marchés publics . A.J.D.A Avril 1990 .258

وينص القانون النموذجى فى المادة ٢٣ من الفصل الثالث الذى ينظم إجراءات المناقصة . على أن " تتضمن الدعوة إلى تقديم العطاءات المعلومات التالية : -

أ - اسم وعنوان الجهة المشترية .

ب - طبيعة السلع المراد توريدها ، وكميتها ومكان تسليمها ، أو طبيعة الإنشاءات المراد تنفيذها وموقعها .

جـ- الوقت المنشود أو المطلوب لتوريد السلع أو لإنجاز الإنشاءات .

د - المعايير والإجراءات التى ستطبق فى تقييم أهلية الموردين أو المقاولين .

هـ -إعلان لا يجوز تغييره فى وقت لاحق ، بأنه يجوز للموردين أو المقاولين أن يشتركوا فى إجراءات الاشتراء بصرف النظر عن جنسياتهم أو إعلان بأن الاشتراك سيكون مقصوراً على أساس الجنسية عملاً بالمادة ٨ .

و - وسائل الحصول على وثائق الالتماس والمكان الذى يمكن الحصول عليها منه .

ز - الثمن إن وجد الذى تتقاضاه الجهة المشترية مقابل وثائق الالتماس .

ر - العملة والوسيلة اللتين يدفع بهما ثمن وثائق الالتماس .

ط - اللغة أو اللغات التى تتوافر بها وثائق الالتماس .

ى - مكان تقديم العطاءات والموعد النهائى لتقديمها .

وتنص المادة ٢٤ من ذات القانون على أن " توفر الجهة المشترية وثائق التماس العطاءات للموردين أو المقاولين وفقاً للإجراءات والاشتراطات المحددة فى طلب العطاءات .. ولا يمثل الثمن الذى يجوز للجهة المشترية أن تتقاضاه

لقاء وثائق التماس العطاءات سوى تكاليف طباعتها وتوفيرها للموردين أو المقاولين .

وعلى ذلك فإن موضوع الإعلان يجب أن يحيط المخاطب به من المقاولين والموردين الذين يرغبون فى التعاقد مع الإدارة بموضوع المناقصة المطروحة وجميع البيانات التى تساعدهم على التقدم بعطاءاتهم (١) .

. على أن هذا الإعلان غالبا ما يحيل فى تحديد موضوع المناقصة والشروط المتطلبة فيه وكافة بياناته الى ما يعرف بكراسة الشروط التى تعدها جهة الإدارة بخصوص موضوع المناقصة . وهو ما سوف نبحثه فيما بعد .

---

(١) Le Clére (J) : op . cit . p . 69 .

الفرع الثانى

كيفية الإعلان عن المناقصة

يستلزم القانون سواء فى مصر أم فى فرنسا أن يتم الإعلان عن المناقصة بكيفية معينة ؛ تتصل بمكان النشر ، وعدد مراته ، واللغة التى ينشر بها ، وميعاده .

أولاً ... مكان النشر وعدد مراته .

فالمادة ١٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على أنه " يتم الإعلان عن المناقصة العامة فى الوقت على مرتين فى صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتى الانتشار فينشر عنها ثلاث مرات . ويجب الإعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج " .

وعلى ذلك استلزم المشرع أن يتم الإعلان عن المناقصة بالنشر فى الوقائع المصرية ، وجريدة أو جريدتين عربيتين واسعتى الانتشار إذا كانت قيمة المناقصة لا تزيد عن ٥٠٠٠٠ جنيه فإن كانت قيمتها أكثر من ذلك فيجب النشر ثلاث مرات .

وعلى خلاف ما يفهم من ظاهر النص يكون النشر فى الوقائع المصرية بعدد مرات النشر فى الجريدة أو الجريدتين اليوميتين ، آية ذلك أن المادة ١٦ من ذات اللائحة تنص على أن " تحدد مدة قدرها ثلاثون يوماً على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول إعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية .

أما بالنسبة للمناقصة الخارجية فإنه يجب الإعلان عن المناقصة فى الخارج فضلاً عن الإعلان عنها فى داخل مصر ، وهو ما نصت عليه المادة الثانية من قانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ورددته المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية . وقد

نصت هذه المادة على أن " ... ويتم الإعلان عن المناقصات الخارجية فى مصر والخارج باللغتين العربية والإنجليزية ، كما يطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المستقلين بنوع النشاط موضوع التعاقد بتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة (١) .

ونصت المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية على أن " ... وتترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات فى حالة المناقصات الخارجية مع ذكر أن النص العربى هو المعول عليه فى حالة الخلاف أو الالتباس فى مضمونها . " .

وعن كيفية النشر عن المناقصة الخارجية نص قانون اليونسترال فى المادة ٢/٢٢ منه على أن " تنشر الدعوة إلى تقديم العطاءات أو طلبات التأهيل أيضا بلغة تستخدم عادة فى التجارة الدولية فى صحيفة واسعة الانتشار دولياً أو فى نشرة متخصصة أو مجلة تقنية ذات صلة وواسعة الانتشار دولياً . " .

ونعتقد أن مذهب قانون اليونسترال فى الإعلان عن المناقصة الخارجية مذهب عملى . كما أنه لا يتعارض من وجهة نظرنا مع ما يتطلبه القانون المصرى من ضرورة اعتبار النص باللغة العربية هو المرجع عند الخلاف .

---

(١) وقد كانت المادة ٣٤ من اللائحة الملغاة تنص على أن يعلن عن المناقصة الخارجية فى مصر والخارج ويطلب الى القنصليات المصرية إرسال كتب دورية الى البيوت التجارية والصناعية فى الدول التى تعمل بها وتسلم دفاتر الشروط الى من يرغب فى الأشتراك فيها طبقا لأحكام هذه اللائحة . وعلى الوزارات والمصالح أن تعد سجلا يفرد فيه لكل صنف من الاصناف أو عمل من الأعمال كشف خاص يقيد فيه أسماء البيوت التجارية والصناعية بالخارج التى سبق التعامل معها فى هذا الصنف أو العمل أو التى طلبت قيدها للتقدم فى العطاءات الخاصة بها وترسل صورة من هذه الكشوف الى القنصليات المصرية كل فيما يخصه ... " .

ذلك أن اللغة العربية هى لغة معتبرة فى التجارة الدولية وهى إحدى اللغات التى صدر بها قانون اليونسترال (١) .

أما عن قانون العقود الفرنسى فإنه يلزم أن يتم النشر فى جريدة خاصة بإعلان العقود الإدارية وتسمى Bulletin officiel des annances des marchés publics (B . O . A . M . P) ويمكن الاكتفاء بالنشر فى الجرائد المحلية التى تكون لديها الصلاحية فى الإعلان عن المناقصات العامة إذا لم تتجاوز قيمة العقد ٨٠٠٠٠٠ فرنك ويتطلب نظام السوق الأوربية المشتركة أن يتم الإعلان عن عقود الأشغال العامة وعقود التوريد بصفة خاصة فى الجريدة الرسمية للسوق الأوربية المشتركة قبل الإعلان عنها داخلياً فى كل دولة على حدة وذلك إذا بلغت قيمة هذه العقود حداً معيناً (٢) .

ثانياً : ميعاد النشر :

تنص المادة ١٢ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يجب الإعلان عن المناقصة فى الوقت المناسب " ومن ثم فإن هذا النص لم يحدد وقتاً معيناً يجب أن يتم فيه الإعلان عن المناقصة . على أن المادة ١٦ من ذات اللائحة نصت على أن تحدد مدة قدرها ثلاثون يوماً على الأقل لتقديم العطاءات فى المناقصات العامة ، وذلك من تاريخ أول إعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية ، ويجوز بترخيص من رئيس الإدارة المركزية المختص - تقصير هذه المدة بشرط ألا تقل عن خمسة عشر يوماً إذا دعت الضرورة إلى

---

(١) صدر أصل القانون بست لغات هى الأسبانية - الإنجليزية - الفرنسية - العربية - الصينية - الروسية .

(٢) وحدد القرار الوزارى الصادر فى ١٢ مايو ١٩٨١ هذه القيمة بمليون ومائة ألف فرنك - انظر فى ذلك :

De Laubadere : op . cit . p . 595 .
Quancard (M) . op . cit . p . 75 et s.

ذلم ولا يسرى ذلك التقصير على المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية إلا فى حالة إعادة طرحها " .

والمستفاد من نص المادة ١٢ من اللائحة ضرورة حصول الإعلان عن المناقصة قبل الميعاد المحدد لتقديم العطاءات بثلاثين يوماً على الأقل . وهى مدة قدر المشرع أنها لازمة وكافية لكى يتمكن المخاطبون بهذه المناقصة من تدبر أمورهم وترتيب أوراقهم وذلك لتقديم عطاءاتهم .

وأجاز النص تقصير هذه المدة إلى النصف إذا أملت الضرورة ذلك . على أن هذا التقصير لا يسرى على المناقصات المتعلقة بالتوريدات السنوية إلا فى حالة إعادة طرحها . فإن كانت تطرح لأول مرة فلا يجوز تقصير هذه المدة عن شهر واشترط النص لتقصير المدة بخلاف تعلق الأمر بحالة الضرورة ، أن يصدر قرار التقصير بترخيص من رئيس الإدارة المركزية المختص .

وينص تقنين العقود الفرنسى فى المادة ٣٨ منه على ضرورة نشر الإعلان عن المناقصة خلال أحد عشر يوماً التالية لتاريخ استلام الإعلان من الجهة التى تريد طرح المناقصة . وخلال ستة أيام فى حالة الاستعجال .

وتنص المادة ٨٦ والمادة ٢٨٣ من ذات القانون على وجوب تقديم العطاءات فى مدة لا تقل عن ٣٦ يوماً من تاريخ إرسال الإعلان عن المناقصة للنشر فى إحدى الجرائد الرسمية التى تختص بنشر الإعلان عن المناقصة (١).

وفى حالة الضرورة تكون المدة ١٥ يوماً . ومن ثم فإنه يجب أن يتم الإعلان عن المناقصة فى مدة لا تقل عن ٣٦ يوماً قبل تقديم العطاءات فى الأحوال العادية و١٥ يوماً بالنسبة لحالات الضرورة .

على أن هذه المدة تصبح ٤٢ يوماً بالنسبة للمناقصات المتعلقة بعقود التوريد للدولة أو المؤسسات الوطنية إذا تجاوزت قيمتها مبلغ مليون فرنك فرنسى (مرسوم ١٢ مايو ١٩٨١ مادة ٤) .

---

(١) De Laubadere : op . cit . p . 596.

الفرع الثالث

الأثر المترتب على مخالفة إجراءات الإعلان عن المناقصة

لكى ينتج الإعلان عن المناقصة آثاره القانونية ، يجب أن يأتى فى شكله ومضمونه موافقا لحكم القانون . على أنه يجب تحديد الأثر المترتب على مخالفة الإعلان سواء فى شكله أو مضمونه .

لا شك أن اعتبار العلانية مبدأ أساسياً من المبادئ التى تحكم نظام المناقصة العامة والتى نص عليها المشرع سواء فى القانون المصرى أم الفرنسى أم فى قانون اليونسترال يؤدى إلى اعتبار الإعلان عن المناقصة إجراء جوهرياً تبطل المناقصة إذا بطل الإعلان عنها .

ومن ثم إذا لم يتضمن الإعلان البيانات التى حددها القانون ، والتى تتعلق بالمواصفات الفنية أو المواعيد التى حددها القانون لتقديم العطاءات أو مكان النشر . وكان لتخلف هذه البيانات كلها أو بعضها أثر واضح فى التقدم بالعطاءات على نحو معين ، أو كان من شأنها عدم التقدم بها . فهذه البيانات تعتبر بيانات جوهرية يؤدى تخلفها كلها أو بعضها أو الخطأ فيها إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء مما يعيب إجراءات المناقصة بعيب شكلى يؤدى إلى بطلان قرار لجنة البت بترسيه المناقصة على عطاء بعينه .

وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسى على بطلان إجراءات المناقصة فى حالة عدم الإعلان عنها أو عدم صحة البيانات التى وردت فى الإعلان أو إذا لم تحترم الإدارة مواعيد الإعلان وذلك على اعتبار أن الإعلان عن المناقصة ما هو إلا دعوة للتعاقد موجهة للكافة بشروط محددة سلفا ويستهدف

المشرع من خلالها تعاقد الإدارة مع أقل وأفضل شروط من بين العطاءات المقدمة (١) .

وقد عرض الأمر على لجنة الفتوى بمجلس الدولة فقررت أن المشرع قد أوجب فى اللائحة التنفيذية للقانون (رقم ٩ لسنة ١٩٨٣) نشر الإعلان عنها بالوقائع المصرية محدداً به الجهة التى تقدم إليها العطاءات وآخر موعد لتقديمها والصنف والعمل المطلوب وقيمة التأمين الابتدائي والنهائى المتعين سداده وأية بيانات أخرى تراها الإدارة ضرورية لصالح العمل . ويلزم أن يمنح الراغبون فى التقدم إلى هذه المناقصة مهلة كافية على الأقل تبدأ من تاريخ أول إعلان عنها فى الوقائع الرسمية ويجوز تقصيرها إلى مدة لا تقل عن خمسة عشر يوماً إذا دعت الضرورة إلى ذلك وبترخيص من رئيس الإدارة المركزية المختصة ولذلك اشترط المشرع الإعلان عنها بالنشر مرتين فى جريدة أو جريدتين عربيتين واسعتى الانتشار ، متضمنا ذات البيانات السابقة إلا إذا كانت قيمة المناقصة تزيد عن خمسين ألف جنيها فينشر عنها ثلاث مرات ... وجدير بالتنويه فى هذا الصدد ان بعض إجراءات وضوابط النشر السالف ذكرها - للإعلان عن المناقصة العامة تعد من الشكليات الجوهرية المقررة لصالح الإدارة والأفراد معاً قصد منها كفالة احترام المبادى الأساسية التى تخضع لها المناقصة العامة وهى العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين المتناقصين للوصول إلى انسب العروض والأسعار - وبحيث يترتب على إغفال جهة الإدارة لهذه الشكليات الجوهرية بطلان الإعلان بدون حاجة إلى نص صريح يقضى بذلك منها قيام الإدارة بتحديد مهلة كافية لتقديم العطاءات قدرها ثلاثون يوماً على الأقل من تاريخ أول إعلان عن المناقصة العامة بالوقائع

---

(١) انظر فى ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

C . E . 7 Avril 1922 – Impremérier commercial – Rec . p . 349 .
C . E . 26 Mars 1931 – Helbling – Rec . p . 377 .
C . E . 6 Avril – Marchesini – Rec . p . 460 .

المصرية .. ومن ثم يترتب على إغفال الإدارة لميعاد المهلة المحددة لتقديم العطاءات أو قيامها بتقصير هذا الميعاد فى غير حالة الضرورة بطلان الإعلان لمخالفته أحد الشروط الجوهرية المقررة لصحته ... كما أن إهمال جهة الإدارة النشر عن المناقصة العامة فى الجرائد اليومية الواسعة الانتشار وإغفالها لعدد مرات النشر المذكور يؤدى الى حرمان عدد غير محدد من الأشخاص من الاشتراك فى المناقصة العامة ... وترتيباً على ما تقدم ولما كان الثابت فى الحالة المعروضة أن مديرية الإسكان بمطروح قامت بالإعلان عن مناقصة عامة تزيد قيمتها على خمسين ألف جنيه لإنشاء وحدات سكنية بدائرة المحافظة وذلك بالنشر عنها فى الوقائع المصرية لأول مرة بتاريخ ٢٥ يونيه ١٩٨٧ وحددت فى الإعلان مواعيد تقل عن ثلاثين يوماً من التاريخ المذكور لجلسات فض مظاريف العطاءات اعتباراً من ١١ يوليو ١٩٨٧ إلى ١٨ يوليه ١٩٨٧ قرين كل نموذج للوحدات السكنية موضوع المناقصة فى حين أن المهلة القانونية المحددة لتقديم العطاءات يجب إلا تقل عن ثلاثين يوماً من تاريخ أول إعلان بالوقائع المصرية ولم تتوافر حالة الضرورة التى تجيز تقصير هذه المهلة بالشروط المقررة لذلك .

كما قامت المديرية بالنشر مرتين فقط عن المناقصة المذكورة فى ثلاث صحف يومية على الرغم من إن قيمتها تزيد على خمسين ألف جنيه ، وكان يتعين إن ينشر عنها ثلاث مرات ، ومن ثم تكون المديرية قد خالفت إجراءين جوهريين من إجراءات النشر يترتب على عدم الالتزام بهما بطلان الإعلان عن المناقصة المذكورة ([1]) .

ومن ثم فإن تخلف بيانات أو إجراءات جوهرية فى الإعلان عن المناقصة يرتب بطلان هذا الإعلان . ذلك أن تخلف هذه البيانات يؤدى إلى

---

(١) فتوى رقم ١٢٢ بتاريخ ٣١ يناير ١٩٨٨ جلسة ٤ يناير ١٩٨٨ ملف رقم ٢٩/٣١/ ٨٦٠ .

عدم تحقق الهدف من إجراء الإعلان كما استلزمه المشرع وهو تحقيق حرية المنافسة بين كل من يرغب الاشتراك فيها . مما يستوجب معه ضرورة إعادة الإعلان مرة أخرى (١) .

وعلى ذلك فإنه إذا حدثت مخالفات فى نشر الإعلان عن المناقصة ولكن ثبت أن هذه المخالفات لم تكن لتؤثر على إجراءات المناقصة أو عدد المتقدمين بعطاءاتهم للمناقصة . فإنه يمكن التغاضى عن هذه المخالفات باعتبارها مخالفات غير جوهرية لا تؤثر فى موضوع الإجراء . وإلى ذلك ذهبت اللجنة الثانية بقسم الفتوى بمجلس الدولة إذ عرض عليها إبداء الرأى فى مدى إمكانية التجاوز عن مخالفة عدم النشر عن المناقصة العامة فى الوقائع المصرية اذا كان عدد العطاءات المقدمة فيها هو العدد المناسب فى مثل هذه المناقصة . فذهبت إلى أنه " ومن حيث أنه ينبغى التمييز بين حالتين : الأولى إذا كانت المخالفة فى النشر المتمثلة فى عدم النشر عن المناقصة العامة فى الوقائع المصرية قد أثرت فى عدد العطاءات المقدمة فى هذه المناقصة بحيث تقدم فيها عدد محدود من المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة ففى هذه الحالة لا يجوز التجاوز عن مخالفة النشر ويتعين إلغاء المناقصة وإعادة النشر عنها بما يتفق وصحيح القانون . أما الحالة الثانية : وفيها لا تؤثر المخالفة فى النشر فى عدد العطاءات المقدمة فى المناقصة وأنه من المسلمات أن الشكليات التى يتطلبها المشرع ليست - كأصل عام - هدفاً فى ذاتها أو طقوساً لا مندوحة من اتباعها تحتم جزاء البطلان الحتمى وانما هى إجراءات المصلحة العامة ومصلحة المتناقصين على السواء فإذا تحققت المصلحة التى عنى بتأمينها وكان إغفال الإجراء متداركاً من سبيل آخر دون مساس بضمانات المتناقصين واعتبارات المصلحة العامة الكامنة فيه فلا وجه للبطلان وحيث أن الغاية التى

---

(١) De Laubadere : op . eit . p . 596
C.E 18 Mars 1931 D . 1931 . 3 . 9 . note Monsarrat .

قصدها المشرع من النشر فى الوقائع المصرية والجرائد اليومية هى تحقيق علم أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة بالأصناف أو الأعمال المطروحة فيها لإتاحة الفرصة أمامهم للتقدم بعطاءاتهم فإذا تقدم فى المناقصة أكبر عدد من مقدمى العطاءات إثر النشر عنها فى الجرائد اليومية دون النشر فى الوقائع المصرية فقد تحققت الغاية الموجودة من النشر مما يمكن معه التجاوز عن مخالفات النشر ... " (١) .

ولا شك أن هذا الذى ذهب إليه قسم الفتوى بمجلس الدولة يعد تطبيقاً لما يذهب إليه القضاء الإدارى فى مصر من أنه لا يحكم بالبطلان – وإن نص عليه القانون صراحة – إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء .

---

(١) ملف رقم ٢٦/١/٦٧ بجلسة ١٩٨٩/٩/١١ أحمد منصور – المرجع السابق ص ٨١.

المطلب الثانـــى

تحديـــد شـــروط المناقصـــة

" كـــــراسة الشــــــروط "

من النادر عملياً أن يتضمن الإعلان عن المناقصة ، كافة المعلومات والشروط التى تحددها الإدارة لإجراء المناقصة . ولذلك فإن الإعلان عن المناقصة يحيل فى تحديد موضوع المناقصة والشروط المتطلبة فيه وكافة بياناته إلى ما يعرف بكراسة الشروط التي تعدها جهة الإدارة بخصوص موضوع المناقصة . والتى تتضمن قوائم الأصناف أو الأعمال . وفى واقع الأمر تتضمن كراسة الشروط كثير من أحكام العقد المزمع إبرامه بعد إتمام إجراءات المناقصة كما أن كراسة الشروط كلما كانت فى شروطها عامة مجردة كان ذلك تطبيقا عمليا لمبدأ المنافسة وضرورة التسوية بين من يوجه إليهم الإعلان فى المناقصة (١) .

وتنص المادة ٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه « يجب أن تعد كل جهة قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك فى المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما كراسة خاصة بمستندات الطرح تشمل الشروط العامة والخاصة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها » ويتم طبع الكراسة المشار إليها وتوزيعها بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها على من يطلبها وفقا للقواعد وبالثمن الذى تحدده الجهة الإدارية بشرط ان يكون بالتكلفة الفعلية لجميع المستندات مضافاً إليها نسبة مئوية لا تزيدعلى٢٠% كمصروفات إدارية .

---

(1) De Laubadere : op . cit . p . 596 .
quancerd (M) : op . cit . p . 78 .
Le Clére (J) : op . cit . p . 68 .

وفى قانون اليونسترال حددت المادة ٢٥ من الفصل الثالث فى فقرة البيانات والمعلومات والشروط التى يجب أن تتضمنها كراسة الشروط . وهى تشمل فى مجملها التعليمات المتعلقة بإعداد العطاءات وأساليب المفاضلة بين هذه العطاءات ، وطبيعة السلع والإنشاءات المطلوبة وخصائصها الفنية وكمياتها وبدائلها . وكيفية تحديد السعر ، والعملة التى سوف يبين على أساسها العطاء والمواعيد التى تقدم خلالها العطاءات وإجراءات فحص العطاءات وغير ذلك من المعلومات والشروط التى تتصل بعملية المناقصة .

ويتضح مما سبق أن كراسة الشروط وما تحتويه من بيانات تمثل أهمية كبيرة فى تشكيل موقف المقاول أو المتعهد الذى يتقدم للتعاقد مع الإدارة وهذا يستلزم وجوب البحث فى الطبيعة القانونية لكراسات الشروط . وهل تعتبر جزءا من العقد الذى يتم إبرامه بين الإدارة وأحد المتقدمين بعطاءاتهم ؟ وما هو حكم القانون فى حالة التعارض بين نصوص العقد وما ورد فى كراسة الشروط . أو فى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ؟ هذا من ناحية ومن ناحية ثانية يجب البحث فى جواز تعديل كراسة الشروط بعد إعلانها.

الفـــرع الأول

الطبيعة القانونية لكراسات الشروط

تعد كراسات الشروط التى تعدها الجهة الإدارية وتبين فيها قوائم الأصناف أو الأعمال موضوع المناقصة جزءا لا يتجزأ من العقد وتمثل الشروط والمواصفات التى تحتويها أساسا للتعاقد بين جهة الإدارة ومقدم العطاء، حتى ولو لم ينص على ذلك فى مضمون العقد الذى تم إبرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها .

ولا يقدح فى هذا النظر أن الإعلان عن المناقصة وطرح كراسة الشروط للمخاطبين بهذا الإعلان لا يمثل سوى دعوة للتعاقد . ولا يتضمن إيجابا من قبل الإدارة . فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء . على أن هذا الإيجاب لا تتحدد معالمه وشروطه إلا بناء على الشروط والأحكام التى قررتها الإدارة ، فى كراسة الشروط (١) .

وترتيباً على ذلك ، قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها أن " الأصل أن مـــن يوجـــه الإيجـــاب فـــى العقـــد الإداري إنمـــا يوجـــه علـــى أساس الشروط العامة المعلن عنها والتى تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك فى ذلك ، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا أراد الخروج فى عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء (٢) .

وعلى ذلك فإن الشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط أساس التعاقد بين جهة الإدارة وأحد العطاءات المقدمة على أنه يجدر التساؤل عن الحل عند تعارض الأحكام المنصوص عليه فى كراسة الشروط عن تلك التى

---

(١) De Laubadere : op . cit . p . 611 .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – طعن رقم ٢٣٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢ سابق الإشارة إليه .

وردت فى قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ؟ **والأمر لا يخلو من أحد فرضين :**

الفرض الأول : أن ينص العقد صراحة علي الإحالة على نصوص قانون المناقصات ولائحته التنفيذية . وهنا تكون هذه الشروط أساس التعاقد . فعلى أساسها وفى ضوء أحكامها تقدم المتعاقد مع الإدارة بهذا العطاء .

الفرض الثانى : خلو العقد من الإجابة على نصوص قانون المناقصات ولائحته التنفيذية فهنا لا تعتبر هذه النصوص جزءاً من العقد إلا بالقدر الذى لا تتخالف فيه مع نصوص العقد وما ورد بكراسة الشروط فإذا خالفتها وجب تغليب نصوص العقد وما ورد فى كراسة الشروط .

وقد ذهبت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى أن لائحة المناقصات والمزايدات لا تعتبر جزءاً من العقد مالم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة عليها باعتبارها جزءاً مكملاً له وأنه إذا تضمن العقد مخالفة صريحة لأحكام اللائحة فتكون العبرة بأحكام العقد نفسه . (1)

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها إلى أن الحكمة المتوخاة من النص على غرامات التأخير فى العقود الإدارية هى ضمان تنفيذ العقود فى المواعيد المتفق عليها حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وأنه إذا تضمنت كراسة الشروط تحديداً لمقدار الغرامة التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة فى حالة إخلال بالتزاماته قبلها فإن مقدار الغرامة حسبما نصت عليه هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللائحى " . (2)

---

(1) فتوى رقم ٤١٧ فى ١٩٦٧/٤/١٥ – الموسوعة الادارية الحديثة الجزء ١٨ ص ٩٧٣ .

(2) الطعن رقم ٩٤ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١١ المجموعة فى ١٥ سنة المبدأ ١١٨ ص ٢٠٦ . وحكمها فى الطعن رقم ٨٥٨ لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٨/١/٦=

أما إذا حدث تعارض بين الشروط الواردة بكراسة الشروط ، وتلك التى تضمنها العقد النهائى الذى تم إبرامه بين المتعاقد والإدارة . فإن الأمر فى هذه الحالة لا يثير صعوبة . حيث تعتبر الشروط الواردة فى العقد واجبة الاتباع لأنها تعتبر معدلة لتلك الشروط التى وردت فى كراسة الشروط . ويعتبر قبول المتعاقد مع الإدارة إبرام العقد مع وجود هذه الشروط قبولاً بها .

وحكمها فى الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩ الموسوعة الادارية جـ ١٨ ص ٦٩٣ .

الفرع الثانى

تعديل كراسات الشروط

هل يجوز أن تعدل الإدارة فى كراسات الشروط أو شروط المناقصة بعد إعلانها . ؟

من المسلم أن جهة الإدارة تستطيع أن تعدل من شروط المناقصة أو كراسة الشرط على أن هذا الحق مقيد بقيدين : -

الأول : ضرورة إعادة الإعلان مرة أخرى وبذات الإجراءات التى تم بها الإعلان أول مرة . وعلى ذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسى إلى بطلان إجراءات المناقصة إذا تم تعديل شروط المناقصة أو كراسات الشروط دون إعلان (١) .

الثانى : ضرورة احترام المدة التى حددها القانون بين النشر وبين تقديم العطاءات وذلك حتى يستطيع المتقدمون فى المناقصة تكييف عطاءاتهم مع الشروط الجديدة التى عدلتها الإدارة (٢) .

ويستلزم قانون اليونسترال أن تقوم الإدارة بإرسال التعديل إلى جميع الموردين أو المقاولين الذين زودتهم الجهة الادارية بوثائق التماس العطاءات . حيث تنص المادة ٢٦ منه على أنه " يجوز للجهة المشترية فى أى وقت قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات ولأى سبب كان سواء بمبادرة منها أو نتيجة لطلب مورد أو مقاول التماساً لإيضاح أن تعدل وثائق التماس العطاءات بإصدار إضافة لها . وترسل الإضافــة على الفور إلى جميع الموردين

---

(١) C.E 20 Janv . 1933 - Commission administrative des Hospices d ' Amiens , Rec . p . 98 .

(٢) C.E. 18 décemder 1968 , - Campagnie générale des éaux . Rec . p . 654. Le Clére (J) : op . cit . p . 69 .

أو المقاولين الذين زودتهم الجهة المشترية بوثائق التماس العطاءات ، وتكون هذه الإضافة ملزمة لأولئك الموردين أو المقاولين .

المطلب الثالث

تحديد من له حق الاشتراك فى المناقصة

إذا كان مبدأ حرية المنافسة ، وهو المبدأ التقليدى الحاكم لإجراءات المناقصة العامة ويقتضى علانية إجراءات المناقصة فإنه أيضاً يستلزم المساواة بين المتقدمين بعطاءاتهم الى جهة الإدارة طلباً للتعاقد معها . وعلى ذلك فإن مبدأ المساواة يقتضى أن يتقدم إلى المناقصة من يملك قانوناً حق الاشتراك فيها. ويستطيع من الناحية المالية والفنية تقديم عطاء يريد من ورائه التعاقد مع الإدارة كما يعنى ضرورة التسوية بين المتقدمين أمام الشروط والإجراءات التى أعلنتها الإدارة .

فمن ناحية أولى : لا يجوز للإدارة أن تمنع من الاشتراك فى المناقصة أى شخص تتوافر فيه الشروط التى تطلبها القانون ، ويصدر ضده قرار بالحرمان من الجهة المختصة سواء كان هذا الحرمان يمثل عقوبة تبعية بنص القانون أو كان حرماناً وقائيا على الوجه الذى بيناه تفصيلاً من قبل .

ومن ناحية ثانية : فإنه يجب التسوية بين جميع الأشخاص المتقدمين إلى المناقصة العامة أمام الشروط التى أعلنتها الإدارة ، وهى بصدد الدعوة إلى التعاقد عن طريق المناقصة . فإذا اشترطت أن يقترن تقديم العطاء بتأمين محدد فلا يجوز والحال كذلك أن تعفى الإدارة أحد المتقدمين من تقديم التأمين المطلوب . كما يتعين عليها رفض أى عطاء لا يتقيد بالمدة التى حددها الإعلان

لتقديم العطاءات . وذلك تحقيقاً لمبدأ المساواة الواجب احترامه بين مقدمى العطاءات ([1]) .

على أن مبدأ المساواة الذى يحكم إجراءات المناقصة يتقيد بطبيعة المناقصة فليس ثمة تعارض بين مبدأ المساواة وبين قصر الاشتراك فى المناقصة على مقاولين محددين أو مشروعات محددة وهو ما يعرف بالمناقصة المحددة أو المقيدة . أو قصرها على الأشخاص والمشروعات الوطنية وذلك فى حالة المناقصة المحلية . وعلى ذلك فإن المناقصة العامة قد تكون مفتوحة . وقد تكون مناقصة مقيدة وأخيراً قد تكون مناقصة محلية . فالمناقصة العامة المفتوحة هى التى يسمح فيها بالاشتراك لمن يشاء أن يتقدم بعطائه فيها على أساس الشروط والمواصفات التى أعلنتها الإدارة .

والمناقصة المفتوحة هى الأصل ، وهى أقدم صور المناقصات العامة فى التطبيق العلمى ([2]) .

وهذا ما أخذ به القانون المصرى حيث نص القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات العامة فى مستهل مواده يكون التعاقد على شراء المنقولات ، أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة . ويصدر باتباع أى من الطريقين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد .

ومع ذلك يجوز استثناء ، وبقرار مسبب من السلطة المختصة ، التعاقد بإحدى الطرق الآتية :

---

(1) De Laubadere : op . cit . pp . 609 et 610 .
Quancard (M) : op . cit . p . 79 .

(2) Le clére (J) : op . cit . p . 64 .

أ - المناقصة المحـــدودة .

ب - المناقصة المحليـــة .

ج - الممارســـــة .

د - الاتفاق المبـــاشـــــر .

وذلك فى الحدود ووفقاً للشروط والأوضاع المبينة بهذا القانون والقرارات المنفذة له .

ونفس الاتجاه يأخذ به قانون اليونسترال إذ جعل المناقصة المفتوحة الأسلوب الأول والأساسي فى التعاقدات الدولية حسب نص المادة ١٦ من الفصل الثانى (أساليب الاشتراء وشروط استخدامها) وجعل اللجوء إلى المناقصة المحدودة أو المحلية أو أية أساليب أخرى رهناً بتوافر حالة ضرورة .

كما تنص المادة السادسة فى فقرتها الخامسة على أن " لا تضع الجهة المشترية أى معيار أو اشتراط أو إجراء يتعلق بأهلية الموردين أو المقاولين ينطوى على تمييز ضد الموردين أو المقاولين أو فيما بينهم أو ضد فئات منهم على أساس الجنسية .

أما المناقصة المقيدة ، فهى تختلف عن المناقصة المفتوحة فى أى حق الاشتراك فى المناقصة المقيدة على أشخاص أو مشروعات معتمدة لدى جهة الإدارة فى سجلات وكشوف تعد لهذا الغرض والمناقصة المحددة تخضع لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة المفتوحة إلا ما تعلق منها بطريقة توجيه الدعوى للدخول فى المناقصة . ففى حين توجه الدعوة فى المناقصة المفتوحة للكافة فإن هذه الدعوة تقتصر على أسماء المقاولين المقيدين والموردين المسجلين لدى الإدارة فى سجل خاص (1) .

---

(1) De Laubadere : op . cit . pp . 617 et s .
Quancard (M) : op . cit . p . 79 .

وعلى ذلك تنص المادة ٣٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات فى مصر على أن " تجرى المناقصة المحددة بين أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة والمقيدين بسجل المقاولين والموردين. وتنص المادة ٣٩ من ذات اللائحة على أنه فيما عدا ما تقدم تخضع المناقصة المحدودة لكافة القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها بهذه اللائحة بالنسبة للمناقصات العامة .

والمناقصة المقيدة – وإن كان اللجوء إليها استثناء من أصل عام يقتضى الأخذ بالمناقصة المفتوحة – إلا أنها تعد تطويراً حديثاً لنظام المناقصة العامة المفتوحة . والتى من خلالها تستطيع الإدارة أن تتخير بعض الأشخاص أو المشروعات التى ترى كفايتهم من الناحية الفنية أساساً للتعاقد معها بصدد موضوع المناقصة .

واللجوء إلى المناقصة المقيدة يجب أن يكون بقرار مسبب كما يقضى بذلك نص المادة الأولى من القانون المصرى رقم ٩ لسنة ٨٣ . ونفس الأمر ذهب إليه قانون اليونسترال حيث نص فى المادة ١٨ من الفصل الثانى على أنه " يجوز للجهة المشترية إذا كان ذلك ضرورياً لدواعى الاقتصاد والكفاءة أن تزاول الاشتراء عن طريق المناقصة المحددة وفقاً للمادة ٣٧ . فى الحالتين التاليتين :

أ – إذا لم تكن السلع أو الإنشاءات متوافرة بسبب طبيعتها البالغة التعقيد أو التخصص ، إلا لدى عدد من الموردين أو المقاولين .

ب – إذا كان الوقت والتكلفة اللازمان لفحص وتقييم عدد كبير من العطاءات لا يتناسب مع قيمة السلع أو الإنشاءات التى يراد اشتراؤها .

وأخيراً : المناقصة المحلية ، فهى تعنى قصر الاشتراك فى المناقصة على المقاولين والموردين الذين يتمتعون بجنسية الدولة التى تجرى المناقصة

فيها ، والمناقصة المحلية بدورها قد تكون مناقصة مفتوحة وقد تكون مناقصة مقيدة . والأصل أن الجهة الإدارية هى التى تقدر الحالات التى تكون فيها المناقصة محلية أو دولية . وذلك بالنظر إلى طبيعة الأعمال التى تطرحها الإدارة عبر المناقصة أو قيمتها أو اتصالها بالتقنية الفنية الحديثة التى لا تتوافر على المستوى المحلى .

والقانون المصرى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ لم يحدد مجالاً للمناقصة الخارجية التى تتم فى إطار دولى وإنما نص فى مادته الثانية على أن "المناقصات العامة .... إما داخلية يعلن عنها فى جمهورية مصر العربية أو خارجية يعلن عنها فى مصر والخارج " وإلى هذا ذهب قانون العقود الفرنسى " ([1]).

على أن الأمر فى قانون اليونسترال يخالف ما يذهب إليه القانون المصرى والقانون الفرنسى وكافة التشريعات الوطنية فهذا القانون يجعل المناقصة الخارجية أو الدولية هى الأصل العام . وأن اللجوء إلى المناقصة المحلية استثناء تدعو إليه ضرورة . وفى ذلك تنص المادة الثامنة من الفصل الأول على أن " ... يسمح للموردين أو المقاولين بالاشتراك فى إجراءات الاشتراء بصرف النظر عن جنسياتهم ، إلا فى الحالات التى تقرر فيها الجهة المشترية استناداً إلى أسباب تنص عليها لوائح الاشتراء أو وفقاً لأحكام قانونية أخرى حصر المشاركة فى إجراءات الاشتراء على أساس الجنسية " .

بل إن الفقرة الثانية من هذه المادة ألزمت الجهة المشترية التى تقصر حق الدخول فى المناقصة على أساس الجنسية أن تدرج فى سجل إجراءات الاشتراء بيانا عن الأسباب والظروف التى استندت إليها .

---

(1) De Laubadere : op . cit . p . 602 - 603 .

ولعل ما ذهب إليه هذا القانون فى تحجيمه للمناقصة المحلية يتسق مع أهدافه فى العمل على تدويل إجراءات المناقصات العامة . على أنه يجب أن ينظر إلى ذلك بحذر والأخذ فى الاعتبار المصلحة الوطنية والتى تؤدى إلى الأخذ أساساً بالمناقصة المحلية . لأنه فى أحوال كثيرة يصعب قيام منافسة حقيقية بين المقاول أو المورد المحلى ومثيله الأجنبى نظراً لاختلاف الإمكانيات . أو قد يتعلق الأمر بمشروعات تتصل بالأمن القومى والتى تستتبع بالضرورة قصر الاشتراك فيها على المشروعات الوطنية . ويبقى اللجوء إلى المناقصات الخارجية فى الأحوال التى تتطلب ذلك سواء تعلق الأمر بموضوعات إنشائية أم تجهيزات فنية تعجز عنها المشروعات الوطنية . وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٦٠ من قانون العقود الفرنسى على قصر الاشتراك فى مقاولات الأشغال العامة المتعلقة بمرفق الدفاع على المشروعات التى تستوفى شروطاً معينة ويوافق عليها الوزير الأول . كما تنص المادة ٨ من القانون المصرى على حكم مماثل يقضى بأنه " يجوز لوزارة الدفاع فى حالات الضرورة التعاقد بمناقصات محلية أو بالاتفاق المباشر أو الممارسة وفقاً لأحكام القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٥٧ بشأن إعفاء عقود التسليم من الضرائب والرسوم والقواعد المالية " (١) .

ولا شك أن المصلحة العامة تقتضى مثل هذه الأحكام والتى لا تعد فى كل حال خروجاً عن مبدأ حرية المنافسة والذى يقتضى حرية دخول المناقصة العامة . ذلك أن هذا المبدأ ليس مطلقاً بحال .

---

(١) Mogenet (R) : Les marchés de L'Etat et de collectivites locales - pp . 108 - 109 .

المبحث الثانى

حريـــة التقـــدم بالعطـــاء

وسلطة الإدارة فى الاستبعاد

يقتضى مبدأ حرية المنافسة الذى يحكم إجراءات المناقصة العامة أن يتمكن جميع المقاولين والموردين الذين تتوافر فيهم الشروط من التقدم بعطاءاتهم إلى جهة الإدارة وفق الشروط وفى الحدود التى يحددها القانون أو تنص عليها كراسات الشروط التى تعلنها جهة الإدارة .

على أنه إذا كان مبدأ حرية المنافسة يقضى حتماً بضرورة التسليم بحرية المقاول أو المورد بالتقدم بعطائه . إلا أن القانون أعطى للإدارة سلطة تقديرية فى إستبعاد العطاء الذى ترى لأسباب يحددها القانون أو تقدرها الإدارة استبعاد عطاء بعينه من التقدم فى المناقصة .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فى المطلب الأول كيفية إعداد العطاء وتحديد مرفقاته ، أما المطلب الثانى فنخصصه لبحث سلطة الإدارة فى قبول العطاء وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

إعداد العطاء ومرفقاته

بعد الإعلان عن المناقصة على الوجه الذى سبق بيانه ، فإن المقاولين أو الموردين الذين يحق لهم دخول المناقصة العامة سواء كانت مفتوحة أم مقيدة . يستطيعون تقديم عطاءاتهم فى الحدود التى حددتها الإدارة .

وكقاعدة عامة ، فإن إعداد العطاء إنما يكون وفقاً للشروط والقيود والمواصفات الفنية التى أعلنتها الإدارة . ويجب على مقدم العطاء أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التى حددتها جهة الإدارة الداعية إلى التعاقد (١) .

كما أن القانون قد يشترط أن يقترن العطاء بمرفقات معينة وذلك كتأمين أو وثائق معينة . وعلى ذلك سوف نبحث هذا المطلب على فرعين الأول : نبحث كيفية إعداد العطاء ، والثانى نبحث فيه مرفقات العطاء .

---

(١) De Laubadere : op . cit . p . 611 .

الفـــرع الأول

أعـــداد العطـــاء

إعداد العطاء – وإن كان يخضع لإجراءات شكلية معينة تنص عليها اللوائح المعنية بتنظيم المناقصات العامة أو تحددها جهة الإدارة فى كراسة الشروط المصاحبة لإجراءات المناقصة – إلا أن تحديد السعر يمثل أهمية كبيرة فى إعداد العطاء . ولعل ذلك ناتج عن خضوع المناقصات العامة للمبدأ التقليدى الذى يقضى بترسية المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً . ومن ثم فإن تحديد السعر فى العطاء يخضع لقواعد معينة حددها القانون .

أولاً : قواعد تحديد الأسعار :

لا شك أن بيان السعر يمثل أهم البيانات التى ترد فى العطاء المقدم إلى جهة الإدارة . ومن ثم تحرص لوائح المناقصات العامة على ضرورة كتابته بصورة لا تؤدى إلى الشك فى صحة هذا البيان . وذلك يرجع إلى أن بيان السعر يعتبر عنصراً حاسماً فى تفضيل عطاء عن آخر . حيث إن المبدأ التقليدى الذى يحكم إجراءات المناقصة يقضى بضرورة الترسية على السعر الأقل .

وقد تطلب القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية قواعد محددة فى كتابة بيان السعر فى العطاء على الوجه التالى : -

١ - ضرورة كتابة السعر بشكل معين

فالمادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والمقابلة للمادة ٥٤ من القانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ تنص فى فقرتها الأولى على أن " تكتب أسعار العطاء بالحبر الجاف أو السائل أو الطباعة رقما وحروفا

باللغة العربية . ويكون سعر الوحدة فى كل صنف بحسب ما هو مدون بجدول الفئات عدداً أو وزناً أو مقاساً أو غير ذلك دون تغيير أو تعديل فى الوحدة .

ويجوز فى حالة تقديم العطاء من فرد أو شركة فى الخارج أن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية وتتم معادلتها بالعملة المصرية بالسعر المعلن فى تاريخ فتح المظاريف " .

ويجب أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء .

ووفقاً لذلك فإن القانون يشترط تحديد السعر بصورة تمنع أى خلاف حول حدوده وقيمته فاشترط بداءة أن يكتب بالحروف والأرقام . وأن يبين سعر الوحدة بخلاف السعر الإجمالي .

وإذا حدث خلاف بين السعر الإجمالي وبين السعر المحدد لكل وحدة فإنه يأخذ بالسعر المحدد لكل وحدة . أما إذا حدث تعارض بين السعر المبين بالأرقام والسعر المكتوب بالحروف فإنه ينبغى أن يؤخذ بالسعر المكتوب بالحروف تفقيطاً . وهذا ما قررته المادة ٢٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ " ... وإذا وجد اختلاف بين سعر الوحدة وأجمالي سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة ، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط فى حالة وجود اختلاف بينه وبين السعر المبين بالأرقام " .

واستوجب القانون ضرورة أن يكتب السعر باللغة العربية ، فإن كان مقدم العطاء أجنبياً (شركة كانت أو شخصاً) فإن المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية تقضى بأن تكتب الأسعار بالعملة الأجنبية مع ذكر ما تساويه بالعملة المصرية . وأن يكون ذلك باللغة العربية .

أما إذا كانت المناقصة منشورة باللغة الأجنبية ، فمن الممكن أن يتقدم الشخص بعطائه باللغة الأجنبية . ويكون على جهة الإدارة ترجمة هذه العطاءات إلى اللغة العربية . وفى ذلك تذهب الجمعية العمومية للفتوى

والتشريع إلى أنه " بخصوص ضرورة مطالبة الشركات المتناقصة بتقديم ترجمة معتمدة باللغة العربية لعطاءاتها فإن القاعدة التشريعية التى تسرى على الحالة المعروضة هى أحكام لائحة العقود والمشتريات الصادرة بناء على القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء الهيئة فيما نصت عليه من قيام السلطة المختصة بإعداد الشروط العامة للتعاقد على المشتريات الخارجية باللغتين العربية والإنجليزية وهذه القاعدة إنما تلزم الهيئة ، دون الشركات المتناقصة بإعداد ترجمة لشروط التعاقد قبل طرحها فى المناقصة الأمر الذى استصحبته الهيئة فلم تطلب من هذه الشركات عند الإعلان عن المناقصة تقديم هذه الترجمة، ومن ثم فإنه لا محل لإلزام الشركات بتقديم هذه الترجمة . (ملف رقم ٥٠/١/٧ جلسة ٣١ مارس ١٩٨٤) .

على أن المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات تنص على ضرورة تفضيل النص العربى عند الخلاف .

وينص قانون اليونسترال فى المادة ٢٧ من الفرع الثانى من الفصل الثالث على أنه " يجوز تحرير العطاءات وتقديمها بأى لغة صدرت بها وثائق التماس العطاءات أو بأى لغة أخرى تحددها الجهة المشترية فى وثائق التماس العطاءات " .

وواضح أن ما يذهب إليه القانون المصرى من تفضيل اللغة العربية فى تقديم العطاءات أو جعل النص العربى حاسماً للخلاف فى حالة وجوده أمر لا يتناقض مع ما يذهب إليه قانون اليونسترال .

٢ - ضرورة أن يكون السعر نهائياً .

ونعنى بذلك أن يكون سعر الوحدة أو الوحدات محدداً بصفة نهائية لا رجعة فيه (١) . ومن ثم فإنه لا يجوز أن ينص مقدم العطاء فى عطائه على

---

(١) C.E 20 Des . 1968 - vile de lyon - R.D.P. p 727 .

خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة . فالمادة ٦٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرى (والمقابلة لنص المادة ٦٢ من اللائحة الملغاة) تنص على " ... ويعول على السعر المبين بالحروف ، ولا يعتد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة " .

وتطبيقاً لذلك ذهبت إدارة الفتوى لوزارة الصحة إلى أن المادة ٦٢ من اللائحة التنفيذية لقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ قررت حكماً صريحاً قاطعاً فى عدم الاعتداد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة وذلك مرده إلى أن المشرع جعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أى تمييز لأحد أو استثناء وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذى يقوم على تكافؤ الفرص من عقدها ... ولما كان وضع مقدم العطاء سعره محسوباً على أساس خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم فى المناقصة من شأنه مصادرة من مقدم العطاء على نتيجة المناقصة بحسبانه سوف يكون أقل العطاءات فى جميع الأحوال ومن ثم فإن قبول هذا العطاء يقضى على حرية المنافسة ويخل بتكافؤ الفرص ... ولما كان ذلك - وكان البين من الوقائع المعروضة أن العطاء المقدم من ... الذى رست عليه المناقصة حدد للأعمال المطلوبة مبلغ ... جنيهاً شهرياً ثم أردف بأن مقدمه يقبل خصم ٥ % من قيمة أقل عطاء ، فأنه كان يتعين عدم الاعتداد بهذا الخفض المقرر بنسبة مئوية من أقل عطاء فى المناقصة والبت فى هذا العطاء على أساس سعره ... جنيهاً شهرياً ودون الاعتداد بهذا التخفيض ولا وجه للقول بوجوب عدم الاعتداد بالعطاء كله استناداً إلى عبارة المادة ٦٢ من أنه " لا يعتد بالعطاء المبنى على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء ... " وبناء عليه فإن

اعتداد لجنة البت فى المناقصة الراهنة بما جاء فى العطاء من خصم ٥% من قيمة أقل عطاء يكون مخالفاً لصريح حكم المادة ٦٢ المشار إليها " (١) .

٣ - التعديل فى الأسعار بعد تقديم العطاء .

نصت المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أن " أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية يجب تقديمه فوراً إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة وما من شك فى أن هذا العطاء وإن جاء متأخراً ؛ فإنه يقبل ، ويدرج فى كشف العطاءات المتأخرة . ويجوز لجهة الادارة الأخذ به على أن يشترط أن يرد بعد الموعد ولكن اثناء الجلسة فإذا ما انتهت الجلسة فإنه يمتنع تماماً قبول أى عطاء .

وقد كان القانون الملغى ينص فى المادة ٢١ على عدم قبول العطاءات بعد الموعد المحدد ، وإن أجاز قبول التعديل فيها وفقاً لشرط معنية وهى :

١ - أن يتم هذا التعديل قبل اليوم المحدد لفتح المظاريف . فالمادة ٢١ من اللائحة التنفيذية للقانون المصرى الملغى كانت على " لا يلتفت إلى أى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف ولو كان مرسلاً من مقدم العطاء فى تاريخ سابق لفتح المظاريف ... " .

٢ - أن يكون تعديل السعر بخفض قيمته . ومن ثم فإنه لا يلتفت إلى التعديل الذى يرفع من قيمة الأسعار المقدمة فى العطاء حتى ولو وصلت إلى الجهة الإدارية قبل اليوم المحدد لفتح المظاريف . ذلك أن الأصل هو أن يلتزم مقدم العطاء بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فى شروط العطاء ولم يخرج المشرع على هذه القاعدة الأصولية إلا فى

---

(١) فتوى رقم ٤٩٠ بتاريخ ١٩٨٩/٦/١٥ ملف رقم ٢٥/١/٦٧ . أحمد منصور ، المرجع السابق – ص ٩٢ .

حالتين الأولى العدول التام عن العطاء وفى هذه الحالة يفقد مقدم العطاء حقه فى استرداد التأمين المصاحب للعطاء . والحالة الثانية هى خفض أسعار العطاء . على أنه يشترط فى الحالتين تمام أيهما قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف .

وعلى ذلك تنص المادة المشار إليها فى فقرتها الأخيرة على " ... وفى جميع الأحوال يعمل بأى خفض فى الأسعار الواردة بالعطاء يصل للجنة قبل انتهاء الميعاد المعين لفتح المظاريف ... " .

وإلى ذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة حيث جاء فى فتواها بجلسة ١٠ مارس ١٩٦٥ " ... وعلى ذلك فإنه منذ أن يصدر مقدم العطاء عطائه يظل ملتزماً به ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كلية . أو أن يخفض ما ورد به من أسعار على أن يتم ذلك فى الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف " . ومن ثم فإنه لا يكون له أن يعدل عطاءه بما يزيد عن الأسعار التى تقدم بها . ولو كان ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف لأن هذه الحالة لا تندرج تحت أى من الاستثناءين المقررين على القاعدة . فقد حدد المشرع التعديل الجائز بأنه التعديل الذى يتضمن خفض الأسعار وبالتالى فإنه لا يجوز أن تقاس عليه حالة رفع الأسعار وإلا كان ذلك خروجاً على صريح النص . كما لا يجوز أن تقاس هذه الحالة على حالة العدول عن العطاء بمقولة أن التعديل برفع الأسعار ما هو إلا عدول عن عطاء وتقديم لعطاء جديد ذلك أن ثمة فرقاً بين العدول والتعديل .

ومن حيث إنه بتطبيق ما تقدم على الحالة المعروضة فإنه لما كان المتعاقد مع الإدارة قد عدل عطاءه الذى تقدم به إلى تفتيش النيل فرع رشيد بأن زاد قيمته من ١٧٤٠٠ إلى ١٧٩٢٢ جنيهاً " ... فإن هذا التعديل كان من

الواجب ألا يلتفت إليه وكان يتعين أن يتم التعاقد على أساس أسعار العطاء قبل التعديل ... " (١) .

وهذا الرأى هو نفسه الذى حكمت به المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت إلى أنه " منذ أن يصدر مقدم العطاء عطاءه يظل ملتزماً به ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كلية أو أن يخفض ما ورد به من أسعار على أن يتم ذلك فى الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ، وقد خصص المشرع التعديل الجائز بأنه التعديل الذى يتضمن خفض الأسعار ولا يجوز أن تقاس عليه حالة رفع الأسعار وإلا كان ذلك خروجاً على صريح النص ... " (٢) .

وعلى خلاف ذلك تقرر المادة ٣/٢٩ من الفصل الثالث من قانون اليونسترال على أنه يجوز للمورد أو المقاول أن يعدل عطاءه قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات دون أن يسقط حقه فى استرداد ضمان عطائه . ويكون التعديل سارى المفعول إذا تسلمته الجهة المشترية قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات .. " .

ونعتقد أن مذهب قانون اليونسترال فى السماح لمقدم العطاء بتعديل عطائه قبل فتح المظاريف أكثر اتفاقاً مع منطق المناقصة والذى يقضى بحرية الدخول فيها وأن إقرار حق المقاول أو المورد فى تعديل عطائه قبل اليوم المحدد لفتح العطاءات أمر يستلزمه هذا المبدأ وليس ثمة ضرورة تؤدى إلى حرمان مقدم العطاء من تعديل أسعاره فقد يتضح له بعد أن تقدم بعطائه أنه قد وقع فى غلط بين أو فى سوء تقدير فهنا والحال كذلك خير له أن يعدل فى

---

(١) فتوى رقم ٣١٨ فى ١٩٦٥/٣/١٠ جلسة ١٩٦٥/٣/١٠ ملف رقم ٣٣/١/٧٨ الموسوعة جزء ١٨ ص ٧٦٣ .

(٢) الطعن رقم ١٢٥٥ س ٢٥ ق جلسة ١٩٨٢/٦/٢٦ الموسوعة جزء ١٨ قاعدة ٤٩١ ص ٧٦٧ .

عطائه من أن يتعاقد مع الإدارة وهو غير قادر بالأسعار التى حددها على إنجاز العمل مما يؤدى إلى الإضرار بالمصلحة العامة فى نهاية الأمر .

وهو الأمر الذى اصغى له القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث لم يرد فيه ما يقابل هذا النص . ويصبح بذلك متفقاً مع قانون اليونسترال .

٤ - زيادة الأسعار المقدمة فى العطاء بقيمة الضرائب التى تستجد بعد تقديم العطاء .

تنص المادة ٦٦/د من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ٩٨ فى مصر أنه " إذا حدث تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم أو الضرائب الأخرى التى تحصل عن الأصناف الموردة فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت المتعهد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة ، أما فى الحالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المتعهد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل ... " .

وقد عرض على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إبداء الرأى فى مدى أحقية إحدى الشركات فى الحصول على قيمة الزيادة فى الرسوم الجمركية على الأجهزة المتعاقد عليها نتيجة تغير مقابل الدولار الأمريكى الذى كانت تحسب عليه الرسوم من ٧٠,٧ قرشاً إلى ١٣٥ قرشاً . فذهبت إلى أن " ..المشرع استهدف من نص المادة ٤/٦٤ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات (المقابلة للمادة ٦٦/ء من القانون الجديد) أن تتحمل الجهة المتعاقدة بقيمة الفرق فى حالة زيادة الضرائب والرسوم الجمركية عما كانت عليه خلال الفترة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد دون تفرقه بين ما إذا كان سبب هذه الزيادة هو زيادة التعريفة الجمركية أو زيادة سعر الصرف الذى كانت تحسب الرسوم الجمركية على أساسه كما هو الشأن

بالنسبة لزيادة سعر الدولار فى خصوص المحاسبة على الرسوم الجمركية فى الحالة الماثلة ... " ([1]) .

وقد عرض على اللجنة الثانية لقسم الفتوى بجلسة ١٠ مارس ١٩٩٢ إبداء الرأى فى مدى أحقية شركة .. فى رفع العطاء المقدم منها بقيمة ضريبة المبيعات المعمول بها بعد تقديم العطاء .. فذهبت إلى أنه لما كانت ضريبة المبيعات قد بدأ سريانها فى تاريخ لاحق على تقديم العطاء وإسناد المناقصة إلى الشركة فإن قيمة هذه الضريبة تضاف إلى قيمة العطاء وتلتزم جهة الإدارة بسدادها ... ([2]) .

([1]) فتوى الجمعية العمومية – جلسة ٤ فبراير ١٩٨٧ ملف رقم ٣٥١/٢/٣٧ .

([2]) اللجنة الثانية ملف رقم ٣٩٣/١/٢٧ جلسة ١٠ مارس ١٩٩٢ . احمد منصور – المرجع السابق ص ١٠٧ .

الفرع الثانى

مرفقات العطـــاء

قد يتطلب القانون مرفقات معينة يجب على مقدم العطاء أن يقدمها مع عطائه ومن ذلك ما تنص عليه المادة السابعة عشر من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ من أنه " يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغة ضمن شروط الإعلان بما لا يجوز ٢% من القيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ " . كما أن العطاء قد يقترن بتحفظات معينة تؤثر على أولويته وترتيبه بين العطاءات وعلى ذلك سوف نتناول بالبحث **أولاً : التأمين الابتدائي وأحكامه والمشاكل العملية التى يثيرها . وثانياً : التحفظات المصاحبة للعطاء .**

أولاً : التأميــن الابتـــدائـــى :

تنص المادة ١٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يجب أن يؤدى مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مبلغة ضمن شروط الإعلان بما لا يجوز ٢ % من القيمة التقديرية ، ويستبعد كل عطاء غير مصحوب بكامل هذا المبلغ " العطاء فى مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢ % من قيمة العطاء فيما عدا ذلك .

ونصت المادة ٢٠ من القانون على أن تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الشروط والأوضاع الخاصة بالتأمين المؤقت والتأمين النهائى وكيفية أداء كل منهما وردهما واستبدالهما والإجراءات الواجب اتباعها فى شأنها .

وجاء الفصل الثانى من اللائحة التنفيذية تحت عنوان " فى التأمينات " لكى يفصل أحكام تقديم التأمين وصوره وجزاء تخلفه أو الخطأ أو الخطأ فى حسابه .

وضرورة وجود التأمين الابتدائي في الحالات التى استلزمه فيها القانون، أمر فى غاية الأهمية حيث يترتب على تخلفه أو عدم كماله بالصورة التى حددها القانون سببا لاستبعاد العطاء والالتفات عنه وبذلك قضت المحكمة الإدارية العليا ومن حيث إن الثابت فى الواقعة المعروضة أن العطاء الذى تم إرساء المناقصة عليه بواسطة لجنة البت كان مقدما من مؤسسة خاصة غير مصحوب بتأمين مؤقت كما لم يتم تدارك هذه المخالفة بسداد التأمين النهائى كاملا الذى هو شرط للنظر فى هذا العطاء ورغم ذلك فإن لجنة البت نظرت فى هذا العطاء ولم تستبعده بل أرست المناقصة عليه فإنه فى هذا الشأن يعد مخالفا للحكم الصريح الذى أوردة المشرع . (1)

وسوف نقوم بتفصيل أحكام التأمين الابتدائى على النحو التالى :

١ - بيان صور التأمين الابتدائى .

٢ - كيفية حساب قيمة التأمين الابتدائى .

٣ - الخطأ فى حساب قيمة التأمين الابتدائى .

٤ - حالات الإعفاء من التأمين الابتدائى .

وذلك كله على الوجه التالى :

١ - صور التأمين الابتدائى :

حددت المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ صور التأمين الابتدائى وهى كالآتى :

أ - التأمين النقدى .

ب - الشيكات .

ج - خطاب ضمـــان .

وذلك على التفصيل التالى : -

---

(1) حكمها فى الطعن رقم ٣١٧٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٣١ - الموسوعة الادارية - جـ ٣٥ ص ٣٠٩ .

أ - التــأمين النقــدى :

والتامين النقدى هو الصورة الأولى لدفع قيمة التأمين لجهة الإدارة ويتم سداد التأمين بذات العملة التى حددتها كراسة الشروط . وقد تكون عملة أجنبية إذا كانت المناقصة مناقصة دولية .

وتنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية للقانون المصرى فى فقرتها الأولى على هذه الصورة حيث تقضى بإنه تؤدى التأمينات نقدا بإيداعها بخزينة الجهة الإدارية . ولا تحسب فائدة على هذه المبالغ " .

ومن هذا النص يتضح أن التأمين النقدى يجب أن أو يؤدى إلى إحدى خزائن الحكومة ويجب إثبات ذلك عند تقديم العطاء .

على أن المادة ٧٠ من ذات اللائحة نصت على صورة أخرى من صور التأمين النقدى هو المقاصة بين دين لمقدم العطاء لدى جهة الإدارة وبين قيمة التأمين الابتدائى وذلك بشرط أن يكون الدين المستحق لمقدم العطاء لدى الإدارة مبلغاً نقديا وأن يكون صالحا للصرف وقت تقديم العطاء وأن يكون مستغرقاً لقيمة التأمين .

وفى هذه الحالة يتم اقتضاء جهة الإدارة للتأمين الابتدائى عن طريق المقاصة القانونية . وعلى ذلك تنص المادة ٧٠ حيث تقول " ... ويجوز لمقدم العطاء طلب خصم قيمة التأمين من مبالغ مستحقة له لدى جهة الإدارة بشرط أن تكون صالحة للصرف وقت تقديم العطاء " .

وليس ثمة ما يمنع من الأخذ بهذه الصورة من صور التأمين الابتدائى فى ظل العمل بقانون اليونسترال حيث إن المادة ٢٢٢ ، تعدد صور ضمان العطاء وتذكر منها الودائع النقدية .

كما أن المادة ٣٠ من هذا القانون تنص على أنه " تحدد الجهة المشترية فى وثائق التماس العطاءات أية اشتراطات بشأن المصدر وطبيعة العطاء المطلوب تقديمه وشكله وقيمته وسائر أحكامه وشروطه الرئيسية ... " .

وعلى ذلك فإن ما يذهب إليه القانون المصرى فى ذلك لا يخالف ما ينص عليه قانون اليونسترال . وإن كان الواقع يثبت أن صورة التأمين النقدى هى أقل الصور تطبيقاً نظرا لأن هناك من الوسائل التى تعتبر أكثر يسرا وسهولة من هذه الصورة .

ب - الشيكـــــات .

تنص المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرى على أنه " وتقبل الشيكات على المصارف المحلية إذا كان مؤشراً عليها بالقبول من المصرف المسحوبة عليه كما تقبل الشيكات المسحوبة على مصارف بالخارج بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المعتمدة . ومع ذلك يجوز عند الاقتضاء قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنوك المسحوبة عليها إذا تبين وجود ضمانات كافية " .

ووفقاً لما سبق . فإنه يصح وفقا للقانون المصرى أداء مبلغ التأمين الابتدائى عن طريق شيك على أنه يجب أن يشترط : -

١ - أن يكون الشيك مقبول الدفع من المصرف المسحوب عليه ومؤشراً عليه بذلك .

٢ - إذا كان الشيك مسحوباً على بنك أجنبى فى الخارج فيجب أن يؤشر عليه بأنه مقبول الدفع من المصارف المعتمدة لدى جهة الإدارة سواء كانت فى مصر أم فى الخارج .

٣ - يمكن فى حالة وجود ضمانات تقدر الإدارة كفايتها وجديتها قبول الشيكات العادية دون أن تكون مصرفية أو معتمدة من البنك المسحوب عليه .

وهذه الصورة أيضاً ينص عليها قانون اليونسترال حيث أنه فى المادة ٢٢ ، عدد صور دفع التأمين وذكر من بينها الشيكات التى يتحمل أحد المصارف المسئولية الأولى عن صرفها . ولذلك ليس ثمة خلاف بين القانون المصرى وقانون اليونسترال من هذه الناحية .

جـ - خطــاب الضمـــــان .

خطاب الضمان هو خطاب يصدره البنك يتعهد فيه البنك بدفع مبلغ نقدى معين عند أول طلب يقدم إليه من المستفيد الذى صدر الخطاب لصالحه، وذلك إذا قدم هذا الطلب خلال المدة المحددة لصلاحية (١) .

واستخدام خطاب الضمان كتأمين لدخول المناقصات العامة هو الأكثر شيوعا فى العمل . وقد نصت المادة ٧٠ من اللائحة التنفيذية على " وإذا كان التأمين كتاب ضمان وجب أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأى قيد أو شرط وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر جهة الإدارة المختصة مبلغاً يوازى التأمين المؤقت وأنه مستعد لأدائه بأكمله أو تجديد مدة سريان كتاب الضمان لمدد أخرى حسبما تراه الجهة الصادر لصالحها التأمين عند الطلب دون التفاف إلى أيه معارضه من مقدم العطاء " .

وعلى ذلك فإن القانون المصرى يشترط فى خطاب الضمان الذى يقدم كتأمين دخول للمناقصة العامة ما يلى :

---

(١) محمود مختار بريرى - قانون المعاملات التجارية - الجزء الثانى - عمليات البنوك - الإفلاس ١٩٩٣ ص ١٤٨ .

١ - أن يصدر خطاب الضمان من أحد المصارف المحلية المعتمدة. وعلى ذلك فإنه لا يصح وفقاً للقانون المصرى ولائحته التنفيذية قبول جهة الإدارة لخطاب ضمان صادر عن بنك غير مقيم فى مصر . وهذا الحكم إنما يختلف عما ينص عليه قانون اليونسترال فى المادة ١/٣٠ - جـ حيث تقضى أنه " .. لا يجوز للجهة المشترية أن يرفض ضمان عطاء بحجة أن ضمان العطاء لم يصدره مصدر فى هذه الدولة ، إذا كان ضمان العطاء والمصدر قد استوفيا الشروط الأخرى المنصوص عليها فى وثائق التماس العطاءات .. " .

ولعل القانون الدولى " اليونسترال " يبغى توسيع قاعدة المنافسة بين المقاولين والموردين بصرف النظر عن جنسياتهم . ويرى فى اشتراط أن يكون خطاب الضمان صادرا من بنك محلى أو معززا منه قد يؤدى إلى عزوف كثير من المقاولين والموردين لدخول عمليات المناقصة العامة .

ويذهب رأى فى سبيل تطويعه لقواعد القانون المصرى ولائحته التنفيذية لكى يتوافق مع قواعد قانون اليونسترال فى ضرورة قبول خطاب الضمان الصادر من بنك غير مقيم فى مصر وليس معززا من مصرف محلى كتأمين لدخول المناقصة - أن وزير المالية له أن يصدر أمره بقبول هذا الضمان وذلك تطبيقا لقاعدة تقابل الأشكال ، فهو السلطة التى تملك الاستثناء من أحكام اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات وذلك باعتباره السلطة التى تصدر اللائحة وبالتالى هو السلطة التى تملك تعديل الأحكام التى تضمنتها تلك اللائحة، سواء تعديلا عاما أو تعديلا يسرى فى حالة خاصة . على شريطة ألا يخل تعديله من هذه الحالة الأخيرة بمصالح الخزانة العامة التى هو أمين عليها بصفته ولا بمبدأ المساواة بين المتناقصين الذى يجب أن يسود المناقصة (١) .

---

(١) نعيم عطيه - تأمين العطاء بين قانون اليونسترال النموذجى والقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية بحث مقدم الى المؤتمر=

وهذا الرأى محل نظر وذلك لأنه فى سبيل انتصاره لقواعد قانون اليونسترال يخالف المبادئ القانونية العامة . ذلك أن قاعدة تقابل أو توازى الأشكال لا تعنى بحال أن مصدر اللائحة يستطيع أن يستثنى من أحكامها بقرار إدارى فردى . فكل ما يستطيع عمله - تطبيقا لهذه القاعدة - هو تعديل هذه اللائحة أو استبدالها بغيرها . وفى الحالتين يجب أن ينصب الأمر على قرار لائحى وليس قرارا فرديا .

فقاعدة توازى الأشكال تستدعى أن يعدل العمل أو يلغى بذات الأداة التى صدر بها على أنه يشترط أن تكون العمليتين موضوعياً من طبيعة واحدة.

كما أن هذا الرأى لا نرى له ضرورة ذلك أن قانون اليونسترال فى أكثر من موضع يعطى للجهة المشترية حرية الاختيار بين بدائل كثيرة وذلك لاختلاف أهداف الدول وقدراتها التنموية . وقد يكون اشتراط تعزيز مصرف محلى لخطاب الضمان الصادر من مصرف غير محلى أمراً فى غاية الأهمية لجهة الإدارة وخصوصاً عندما تكون العملية كبيرة وفى غاية الخطورة . ومن ذلك ما ينص عليه فى المادة ١/٣٠ - وعلى أنه " تحدد الجهة المشترية فى وثائق التماس العطاءات أية اشتراطات بشأن المصدر وطبيعة ضمان العطاء المطلوب تقديمه وشكله وقيمته وسائر أحكامه وشروطه الرئيسية .

يبقى فى النهاية التسليم بأن شرط تعزيز خطاب الضمان الصادر من بنك أجنبى من بنك محلى كما ينص على ذلك القانون المصرى أمر ليس صعبا. فسهولة الاتصال وكثرة المعاملات بين البنوك المحلية والعلمية أدت إلى سهولة هذا الأمر وبساطته . هذا بخلاف ما يمثله ذلك من ضمان آمن لجهة الإدارة خاصة فى المناقصات الدولية التى تتعاظم فيها قيمة الأعمال وتعقدها .

=الدولى عن " اصلاح وتحديث قواعد المزايدات والمناقصات فى الدول الأخذه فى النحو فى الفترة من ٢٩ على ٣١ ديسمبر ١٩٩٤ القاهرة ص ٥ .

٢ - ألا يقترن خطاب الضمان بقيد أو شرط . فلا يجوز أن يشترط البنك فيه مثلا عدم التزامه بقيمة خطاب الضمان إلا بعد الرجوع إلى العميل أو أن يوقف تسييل قيمته لجهة الإدارة على شروط معينة . فخطاب الضمان يعنى أن البنك يرتضى أن يدفع إلى جهة الإدارة مبلغ التأمين بمجرد الطلب . ولا يكون لعميل البنك الذى أصدر الخطاب بناء على طلبه أى دخل فى هذه العملية . فخطاب الضمان - ينشئ علاقة مباشرة بين البنك وبين جهة الإدارة - ولا يكون له أن يطالب جهة الإدارة الصادر لمصلحتها الضمان " فخطاب الضمان لا يمثل حقا للمتعهد إذ أنه طبقا للتكييف القانونى السليم كفالة شخصيه من البنك للمتعهد تأمينا لتنفي العقد الذى أبرمه مع الوزارة ، فليس ثمة مبالغ مستحقة لهذا المتعهد حتى يجوز الخصم منها وفاء لمبالغ مستحقة للحكومة عن عقود أخرى " (1) .

٣ - التزام البنك بأمر جهة الإدارة الصادر لمصلحتها الخطاب حسبما تراه دون التفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء . فيجب أن يؤدى قيمة الخطاب بالكامل أو فى جزء منه وعليه أن يلتزم بطلبها فى مد سريان مدته مرة أخرى كل ذلك حسب ما تراه جهة الإدارة « فلا يجوز لمصدر الضمان أن يمتنع عن الوفاء بقيمة التأمين إلا برضاء المصلحة التنازل عنه أو انتهاء أجل سريانه » (2) .

٢ - كيفية حساب قيمة التامين الابتدائي :

تنص المادة ١٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات العامة فى مصر على أنه يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ٢%من القيمة التقديرية .

---

(١) فتوى الجمعية رقم ١٣٨ فى ١٩٦١/٢/١١ الموسوعة جـ ١٨ ص ٩٣٧ .

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم ١١٢٠ فى ١٩٦٣/١٠/١٦ - المرجع السابق ص ٩٣٩.

وعلى ذلك فإن القانون المصرى يستلزم أن يقدم مع العطاء تأمين ابتدائي قدره ٢ % القيمة التقديرية للعطاء سواء فى مقاولات الأعمال أو غير ذلك . وقد كان القانون الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يفرق بين مقاولات الأعمال ويشترط أن يكون التأمين فيها ١% أما غيرها من الأعمال فيكون ٢% .

وإذا كان القانون الجديد قد نص على نسبة التأمين الابتدائى التى يجب أن يقدم مع العطاء على الوجه السالف بيانه. فإن تطبيق القانون القديم قد أثار فى أحيان غير قليلة بعض اللبس فى حساب القيمة. ومن ذلك مثلاً: كيفية حساب التأمين فى موضوع المناقصة إذا كان عبارة عن كمية من كميات غير محددة العدد أو معينة المقدار. وكذلك يثور التساؤل على حساب التأمين فى موضوع المناقصة إذا كان العطاء قد اقتصر على جزء من أجزائها وأيضاً هل يحسب التأمين على موضوع المناقصة أخذاً فى الاعتبار ما قد أدخله مقدم العطاء عليه من تحسينات؟

وسوف نناقش هذه الفروض جميعاً – وهى فى الواقع – فروض عملية وكثيراً ما أثيرت أمام مجلس الدولة بقسميه (القضاء – الفتوى) .

أ – حساب التأمين الابتدائي فى العطاء غير محدد الموضوع .

ففى هذه الحالة يصعب أن تحدد الكميات التى يجرى عليها التعاقد . ومثال ذلك طلب التعاقد مع أحد المستشفيات لعلاج المرضى المحولين من قبل التأمين الصحى . أو تقديم أدوية غير معينة النوع أو المقدار إلى أحد الأجهزة الحكومية ، مثل هذه الحالات يتعذر حساب التأمين الابتدائي على الوجه الذى حدده القانون . وذلك لأنه لا يمكن التنبؤ بعدد المرضى الذين سوف يحولون إلى هذه المستشفى للعلاج كما فى المثال الأول . كما لا يمكن حساب القيمة الإجمالية لتوريدات الأدوية إلى المستشفى الحكومى فى مدة معينة .

وحساب التأمين الابتدائي فى مثل هذه الحالات يكون بتحديد مبلغ معين يلتزم مقدم العطاء بدفعه إلى الإدارة . والإدارة عندما تحدد هذا المبلغ تأخذ فى اعتبارها الدراسات التى تجريها لتحديد متوسط احتياجاتها السنوية . وذلك من واقع السنوات السابقة .

ولا شك أن هذا الحل يتسق ونص المادة ٣٦ من قانون المناقصات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث تقضى بأن " يكون التعاقد فى حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية للأنشطة المقررة . ويجوز إبرام عقود التوريدات والخدمات الدورية لمدة تجاوز السنة المالية بشرط ألا يترتب عليها زيادة الالتزامات فى إحدى السنوات المالية التالية عما هو مقرر فى السنة التى يتم فيها التعاقد .. " .

ب – حساب قيمة التأمين الابتدائي فى حالة اقتصار العطاء على جزء من الكميات المطروحة للمناقصة .

من المسلم ، أنه يجوز لمقدم العطاء أن يدخل بعطائه على جزء من الكميات المطروحة فى المناقصة أو على أحد أصنافها . فإذا كانت طبيعة الموضوع المطروح فى المناقصة تقبل التجزئة فيمكن والحال كذلك الترسية عليه فى هذا الصنف الذى تقدم بعطائه فيه . وفى ذلك تنص المادة ٤/٥٥ من القانون المصرى " إذا سكت مقدم العطاء فى مناقصات توريد الأصناف عن تحديد صنف من الأصناف المطلوب توريدها بقائمة الأسعار المقدمة فيعتبر ذلك امتناعاً منه عن الدخول فى المناقصة بالنسبة إلى هذا الصنف " .

والسؤال الذى نحن بصدده هل يحسب التأمين الابتدائي على كامل قيمة موضوع المناقصة أم أنه يحسب على قيمة الجزء أو الصنف الذى اقتصر العطاء عليه ؟ . فى هذه الحالة يجب ان يحسب قيمة التأمين بالنسبة إلى قيمة الجزء أو الصنف الذى اقتصر مقدم العطاء على تقديم عطائه بصدده .

ج – حساب التأمين فى حالة تقديم عطاء أكثر تميزاً وتطوراً .

فى أحيان كثيرة يكون موضوع العطاء توريد أجهزة معينة . ويتقدم صاحب العطاء بعطائه . متضمنا عرضاً آخر لتوريد أجهزة مماثلة ولكنها أكثر تطوراً من الأجهزة التى تطلبها الإدارة فى المناقصة .

فهل تحسب قيمة التأمين على العطاء الأصلي أم على العطاء المرادف . ؟ نرى فى هذه الحالة أن يحسب التامين على العطاء الأعلى سعراً . فإذا قبلته الإدارة كان العطاء قانونيا . وأما إذا لم تقبله الإدارة ردت على مقدم العطاء فروق التامين الابتدائي أو حسبته من التأمين النهائى . وتطبيقا لذلك أصدرت الهيئة العامة للخدمات الحكومية كتاباً دورياً رقم ٩ لسنة ١٩٨٨ جاء فيه :

« تقضى المادة ١٩ من القانون ٩ لسنة ١٩٨٣(المقابلة للمادة ١٧ من القانون الحالى) بأنه يجب أن يقدم مع كل عطاء تأمين مؤقت لا يقل عن ١ % من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢ % من قيمة العطاء فيما عدا ذلك . وقد لوحظ أثناء التطبيق العملى لأحكام القانون المشار إليه أن بعض مقدمى العطاءات يتقدمون بعطاءات أصلية وأخرى مرادفة وسداد تأمين مؤقت واحد عنها وفى حالة عدم كفاية التأمين عن العطاء الأعلى قيمة يتم استبعاد كل من العطاء الأصلي والمرادف برغم كفاية التأمين عن الأقل فيهما ونظراً لما يترتب على ذلك من استبعاد عطاءات مستوفاة لشرط التامين وتمثل أقل الأسعار فى المناقصة وصالحة فنياً مما يترتب عليه إلحاق الضرر بمصالح الخزانة العامة ، خاصة فى حالة زيادة سعر العطاء التالى زيادة كبيرة ورفض صاحبه النزول بسعره إلى مستوى أسعار العطاء الأقل سعراً والذى تم استبعاده على النحو المذكور .

لذلك فتوجه الهيئة العامة للخدمات الحكومية نظر كافة الجهات المعنية إلى أنه بالنسبة للعطاءات التى تكون مصحوبة بعطاءات مرادفة يقتصر

الاستبعاد على العطاء الذى تقل نسبة التأمين المؤقت المقدم عنه عن النسبة المقررة قانوناً سواء كان أصلياً أو مرادفاً مع نظر العطاء الآخر طالما أنه مستوف لشرط التأمين الكامل ومقبول فنياً ومطابق لسائر الشروط بما يتيح للجهة الإدارية نظر أكبر عدد ممكن من العطاءات بغية الوصول إلى أفضلها وأقلها سعراً " . (١)

د .- يجب أن يدخل فى حساب التأمين الابتدائي كافة الرسوم الجمركية والضرائب :

تنص المادة ٦ من قانون الضريبة العامة على المبيعات على أنه " تستحق الضريبة بتحقق واقعة بيع السلعة أو أداء الخدمة بمعرفة المكلفين وفقاً أحكام هذا القانون . كما تستحق الضريبة بالنسبة إلى السلع المستوردة فى مرحلة الإفراج عنها فى الجمارك بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة الجمركية ، وتحصل وفقاً للإجراءات المقررة فى شأنها " .

وبالمقابل استوجبت المادة ٤/٦٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات الملغى أن يراعى وضع الأسعار بالعطاء أن تشمل جميع أنواع الضرائب والرسوم السارية وقت تقدم العطاء . ومن ثم يجب أن يدخل فى حساب التأمين الابتدائي كافة الرسوم الجمركية والضرائب وتطبيقا لذلك ذهبت فتوى حديثة لإدارة فتوى رئاسة الجمهورية إلى إن " المشرع أوجب على صاحب العطاء أن يقدم مع عطائه تأميناً مؤقتاً لا يقل عن ١ % من مجموع قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢ % فيما عدا ذلك . وذلك ضماناً لجدية مقدم العطاء ، وتبعاً لذلك فإن إيداع التأمين المؤقت من مقدم العطاء وفقاً للنسبة المقررة قانوناً على مقدم العطاء أن يراعى عند وضع الأسعار بالعطاء أن يكون السعر شاملاً لرسوم الجمارك وجميع أنواع الرسوم الأخرى

---

(١) احمد منصور المرجع السابق – ص ١٢٦ .

والضرائب السارية وقت تقديم العطاء . لما كان ذلك وكانت عبارة الضرائب السارية وقت تقديم العطاء (م ٦٤) قد وردت عامة مطلقة ، ومن ثم فهى تشمل كافة أنواع الضرائب التى تستحق على الأصناف الموردة وقت تقديم العطاء ومنها ضريبة المبيعات ... لما كان ذلك وكان العطاء المشار إليه قد تضمن بنداً يقضى بأن تضاف نسبة معينة على الأسعار كضريبة مبيعات فيلزم إعمالاً للقواعد السالف بيانها إضافة هذه النسبة لأجمالي قيمة العطاء .. " (١) .

٣ - الخطأ فى حساب التأمين الابتدائي :

لا شك أن البيان المتعلق بقيمة التامين الابتدائي فى العطاء يعد من البيانات الأساسية والجوهرية فى العطاء . فهو الذى يبرهن على جدية مقدم العطاء فى تقديم عطائه ومدى التزامه به وهو الأمر الذى استدعى أن يفصله القانون تفصيلاً سواء من حيث صوره أو من حيث كيفية حسابه على النحو الذى سبق أن بيناه .

بل إن القانون جعل من مصادرة التأمين الابتدائي جزاء يوقع على صاحب العطاء إن هو أخل بالتزامه بالإبقاء على أيجابه حتى تبت جهة الإدارة فى أمر المناقصة وتفاضل بين العطاءات المقدمة .

وترتيباً على ما سبق فإنه يثور التساؤل عن حكم الخطأ فى حساب التامين الابتدائي أو فى كتابته فى العطاء ؟ .

بداءة نستبعد من نطاق البحث هنا مسألة الخطأ المادى وزلات القلم ، ففى هذه الأحوال يمكن التصحيح إن كل يسهل اكتشافه وينبئ عن حسن نية فى حدوث الخطأ . ومثال ذلك أيضاً إذا تناقض الرقم المرقوم مع التفقيط فانه يؤخذ

---

(١) فتوى رقم ٢٧ بتاريخ ٢ يناير ١٩٩٣ ملف رقم ١٢٧٥/١٠/٩٣ ، المرجع السابق ص ١٣١ .

بالتفقيط فذاك ما يرجحه القانون كما سبق أن رأينا فى مسألة تحديد السعر وهو أمر يصح استدعاؤه قياساً لحكم هذه المسألة أيضاً .

إنما الخطأ الذى نقصده هنا هو خطأ حسابى فى حساب التأمين الابتدائي أدى إلى اختلاف القيمة الموجودة فى العطاء عن القيمة الواجب تقديمها ، وفى هذه الحالة نفرق بين فرضين :

الأول : أن يؤدى الخطأ فى حساب التأمين إلى الزيادة فيه وهنا ليس يجوز أن يكون الأمر محا خلاف . فلاشك فى صحة العطاء وتلتزم جهة الإدارة فى حالة إرساء المناقصة عليه أن تحسب الزيادة من التأمين النهائى .

أما الفرض الثانى : أن يؤدى الخطأ فى حساب التأمين إلى خفض قيمته المقدمة مع العطاء عن القيمة المطلوبة فى إجراءات المناقصة .

وقد عرض الأمر على الجمعية العمومية للفتوى والتشريع فى ٤ أكتوبر ١٩٨٩ . والتى ذهبت إلى أنه " تقديراً من المشرع لأهمية التعاقدات التى تجريها الجهات الحكومية الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات واتصالها بالصالح العام . فقد أفردها بقواعد خاصة وبأحكام متميزة تكفل تحقيق المبادئ التى تحكم هذه التعاقدات وفى مقدمتها مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة . وبما أنه من القواعد الأساسية التى تحكم التعاقد بطريق المناقصة وفقا لنص المادة ١٥ من القانون المشار إليه تقديم التأمين الابتدائي ذلك أن المشرع حرصا منه على كفالة المساواة بين المتناقصين وضمان جديتهم وحفاظاً على حقوق جهة الإدارة إذا ما أخل المتناقص بالتزامه أوجب على كل مقدم عطاء أن يرفق مع عطائه تأميناً مؤقتاً لا يقل عن ١ % من قيمة العطاء فى مقاولات الأعمال ولا يقل عن ٢ % من قيمة العطاء فيما عدا ذلك .

وقد سبق للجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٦/٢/٥ ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤ أن استلزمت تقديم التأمين الابتدائي

كاملاً مع العطاء وإلا وجب الالتفات عنه ذلك أن العديد من حقوق جهة الإدارة يتوقف ممارستها على أداء هذا التأمين ... وأنه وإن كان المشرع لم يقرر صراحة فى نص المادة ١٩ سابق الإشارة إليه جزاء على مخالفتها فإن القواعد العامة تقرر البطلان لإغفال إجراء جوهرى أوجب القانون مراعاته فى شأن المناقصات والمزايدات ومن ذلك إغفال تقديم التأمين المؤقت كاملاً مصحوباً بالعطاء ومن ثم يتعين الالتفات عن العطاء غير المقترن بالتامين الابتدائي كاملاً .

وبما أنه متى كان من المقرر وفقا لما تقدم أن العطاء يجب ان يكون مصحوباً عند تقديمه بالتأمين المؤقت كاملاً ضماناً لسلامته وحرصاً على تحقيق المساواة بين المتناقصين وضماناً لجديتهم على أن يؤخذ فى الاعتبار أن الخطأ المادى الذى يتمثل فى زلات القلم والأخطاء الحسابية هو خطأ غير مقصود يتعين تصحيحه وإعمال ما يترتب على هذا التصحيح من آثار .

وبما أنه تطبيقاً لما سبق على الواقعة المعروضة ، وكان الثابت أن الخطأ الوارد بالعطاء يتحصل فى أن مقدم العطاء وضع إجمالى البند بقيمة ٢٢٥٠ فى حين أن السعر الذى وضعه للوحدة هو ١٠٠ جنيه فى عدد ٢٥٠ أى أن الإجمالي الواجب حسابه هو ٢٥٠٠٠ جنيه مما لا يعد معه الخطأ هنا مجرد خطأ مادى ناتج عن العمليات الحسابية العادية التى يقترن بها احتمالات الخطأ والصواب ، وقد أثر وضع قيمة البند على هذا الأساس وعلى قيمة التأمين الابتدائي المقدم مع العطاء ، فجاءت أقل من النسبة المقررة قانوناً وهذا أمر يكشف عن عدم جدية المتناقص ومن ثم لا يسوغ صحة النظر فى تكملتها إلى القيمة المطلوبة لما فى ذلك من إخلال بمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتناقصين (١) . وتبعاً لذلك . وتبعاً لذلك ، فإنه لا يجوز السماح للمتناقصين بتكملة التأمين المؤقت فى هذه الحالة على أنه إذا كان المبلغ الناقص من التأمين

---

(١) ملف رقم ٢٥٦/١/٥٤- بتاريخ ١٩٨٦/٢/٥ سابق الإشارة إليها .

الابتدائي قليل الأهمية بحيث لا يخرج عن كونه مبلغا صغيرا فإنه لا يؤدى إلى استبعاد العطاء وإنما يمكن أن يقوم مقدم العطاء بدفع باقى القيمة ولا يعد ذلك ماسا بمبدأ حرية المنافسة الذى يجب توافره فى إجراءات المناقصة العامة .

وتطبيقا لذلك ذهبت لجنة فتوى وزارة الأشغال إلى أنه إذا كان مقدما العطاء قد وضعا إجمالى قيمة العطاء مبلغ ٦٥,٥٠٠ جنيه وتم إيداع التأمين المؤقت على هذا الأساس . والثابت أيضا أن لجنة فتح المظاريف قد تكشف لها عند مراجعة ذلك العطاء وجود خطأ حسابى قامت بتصحيحه وبلغت قيمة العطاء بعد إجراء التصحيح ٧٠,١٠٠ جنيه وقد ترتب على هذا نقص قيمة التأمين المقدم مع العطاء فجاءت أقل من النسبة المقررة .. ولما كان من الثابت أن مقدمى العطاء قد استكملا قيمة التأمين بإيداع مبلغ ستة جنيهات تصحيحا للخطأ المادى أو الحسابى الذى وقع فى العطاء . وأن هذا المبلغ لا يؤثر فى جدية العطاء إذ هو مبلغ ضئيل بالنسبة لقيمة التامين المطلوبة على خلاف الحالة التى عرضت على الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع والتى ذهبت فيها إلى عدم جواز تكملة التأمين المؤقت فى الفتوى المشار إليها بتاريخ ١٩٨٩/١٠/٤ (١) .

٤ - حالات الإعفاء من تقديم التأمين الابتدائي .

وكانت المادة ٢١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ تنص بين القانون الملغى والقانون الجديد على أن تعفى من التامين المؤقت والنهائى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقا للقانون . وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها وبشرط تنفيذها للعملية بنفسها ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت

---

(١) فتوى رقم ١٤٦٦ بتاريخ ٢٠ نوفمبر ١٩٩١ ملف رقم ٦٥٤/٢/٣ . أحمد منصور المرجع السابق – ص ١٢٦

إعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائى إذا طلبت فى عرضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع المقدم ، ويجب أن يكون قرار الإعفاء مسبباً " .

هذا النص يحدد نوعين من الإعفاء : الأول إعفاء إجبارى والثانى إعفاء جوازى ولكل شروطه التى حددها القانون .

١ - الإعفاء الإجبارى :

ويتعلق بإعفاء الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية المشهرة وفقاً للقانون . ومن ثم لا يجوز طلب تقديم تأمين سواء كان مؤقتاً أو نهائياً منهم عند تقدمهم بعطاء معين فى المناقصات العامة على أن القانون يشترط لتحقيق ذلك ضرورة توافر الشروط الآتية :

الشرط الأول : أن يتعلق الأمر بعطاء مقدم من هيئات عامة أو شركات قطاع عام أو جمعيات ذات نفع عام أو جمعيات تعاونية مشهرة وفقاً للقانون . وهو تحديد جاء على سبيل الحصر . فلا يجوز والحال كذلك إضافة أنواع أو شركات أخرى أيا كانت طبيعتها .

ومن ثم ذهبت اللجنة الثالثة للفتوى بمجلس الدولة فى فتوى لها بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٩١ إلى عدم انطباق الاستثناء الوارد فى المادة ٢١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على الشركات القابضة والشركات التابعة . وذهبت فى ذلك إلى القول بأنه قد " .. استبان للجنة أن القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات وضع أصلا عاما مقتضاه أن كل شخص يتقدم بعطاء فى المناقصات العامة التى يحكمها هذا القانون يجب أن يقدم مع عطائه تأميناً موقتاً بالقيمة والكيفية التى حددها القانون وأورد على ذلك الأصل استثناء محدداً بالنص مقتضاه إعفاء بعض الأشخاص الاعتبارية العامة

والخاصة وحصرها فى الهيئات العامة وشركات القطاع العام والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية وذلك بشرط أن تكون العروض داخلة فى نشاطها وأن تنفذ العملية بنفسها وعلى ذلك لا يكون الأساس الذى اعتد به المشرع للإعفاء من أداء التأمين قائماً على معيار ملكية الدولة فى النهاية لرؤوس أموال تلك الأشخاص المعفاة بل يكون البادى أن المشرع راعى بالنسبة لهذه الأشخاص الاعتبارية المستثناة من أداء التأمين المؤقت والنهائى أنها بوضعها القائم فى ظل الاستثناء كانت تهدف إلى تحقيق أغراض اجتماعية وليس الربح المادى ... ويؤكد ذلك المعنى أن إعمال الاستثناء منوط بأن تنفذ العملية بنفسها ومن ثم فإذا تغير الشكل القانونى للأشخاص الاعتبارية وخرجت من نطاق النص بالاستثناء صراحة أو ضمناً إنحسر الاستثناء عنها وإعمال الأصل العام وهو أداء التأمين " . ([1])

وهذا عين ما قررته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بتاريخ ١٩٩٢/١١/١ حيث ذهبت إلى أن "... خضوع المناقصة العامة لمبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، فتلك أصول تحكم التعاقدات الخاضعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات جميعها لا يباح الخروج عليها أو الاستثناء منها إلا بنص صريح يعين أحوال هذا الاستثناء ومداه والمستفيدين منه على مثل ما نصت المادة ٢١ من القانون المشار إليه .. فقد خص المشرع بهذا الإعفاء الهيئات العامة والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية وهى أشخاص معنوية يجمعها أنها لا تهدف أساساً إلى تحقيق الربح وأضاف إليها شركات القطاع العام التى لا يكون الربح همها الأكبر بحكم ما تقدم عليه من فلسفة اقتصادية واجتماعية . وهذا الاستثناء مقصور على أصحابه ولا يمتد إلى

---

(١) أحمد منصور – المرجع السابق ص ١٣٩ .

غيرهم ممن يشتبه بهم ولا يستجمع صفاتهم فلا تفيد منه من ثم الشركات القابضة والتابعة الخاضعة لقانون شركات قطاع الأعمال العام ... " ([1]) .

الشرط الثانى : إذا كان العطاء مقدماً من جمعية ذات نفع عام أو جمعية تعاونية مشهرة وفقاً للقانون فيجب أن يكون النشاط موضوع المناقصة داخلاً فى نطاق نشاط الجمعية . وقد استهدف المشرع من وراء ذلك عدم استخدام الجمعية التعاونية إطاراً شكلياً يقصد منه استغلال اسم الجمعية للحصول على الإعفاءات التى ميزها بها القانون . ويكون المقصود من التعاقد هو إسناده إلى مقاولين من الباطن .

على أن المقصود بعبارة « ... وذلك عن العروض الداخلة فى نشاطها .. » والواردة فى المادة ٢١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ هو النشاط النوعى وليس النشاط المكانى " مكان عمل الجمعية " وسند ذلك أن المشرع عند استعراض النصوص المنظمة لنشاط ومعاملات الجمعية التعاونية ألزمها بمباشرة نشاطها فى أحد مجالى توفير السلع والخدمات الاستهلاكية ، وحظر عليها المشرع مباشرة نشاط غير منصوص عليه فى نظامها الداخلى ومن ثم تتمتع الجمعية التعاونية التى تتقدم بعطاء خارج منظمة عملها بالإعفاء من التأمين ([2]) .

الشرط الثالث : فيقضى بوجوب أن تقوم الشركة أو الهيئة أو الجمعية بتنفيذ العملية بنفسها ، ومن ثم لا يجوز الإعفاء من التأمين فى الحالات التى تجرى فيها التنفيذ عن طريق وسيط أو مقاول من الباطن . ففى مثل هذه الحالات يجب الالتزام بضرورة تقديم التأمين .

---

(١) فتوى رقم ١٠٦٤ بتاريخ ١٩٩٢/١١/٢٦ ملف رقم : ١٦٥/١/٤٧ المبادئ القانونية الجزء الأول من أول أكتوبر ٩٢ حتى آخر فبراير ٩٣ ، ص ١٨ مبدأ (٧) المكتب الفنى – مكتوبة على الالة الكاتبة .

(٢) ملف رقم ١٦٥/١/٤٧ فى ١١ يناير ١٩٩٢ . سابق الإشارة إليها .

وتطبيقاً لذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسته المنعقدة بتاريخ ١١ يناير ١٩٩٢ إلى أن الاستثناء الوارد بنص المادة ٢١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ خص به المشرع " .. الهيئات العامة والجمعيات ذات النفع العام والجمعيات التعاونية وهى أشخاص معنوية يجمعها أنها لا تهدف أساساً إلى تحقيق الربح وأضاف إليها شركات القطاع العام التى لا يكون الربح همها الأكبر بحكم ما تقدم به من فلسفة اقتصادية واجتماعية . وهذا الاستثناء مقصور على أصحابه ولا يمتد إلى غيرهم ممن قد يشتبه بهم ولا يستجمع صفاتهم فلا تفيد منه الشركات القابضة والتابعة الخاضعة لقانون شركات قطاع الأعمال العام .. " .

ب - الإعفاء الجوازى عند الضرورة :

فالمادة ٢١ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ تنص على أنه " .. ويجوز عند الضرورة للسلطة المختصة بعد موافقة لجنة البت إعفاء الشركات المحتكرة من إيداع التأمين المؤقت والنهائى إذا طلبت فى عروضها ذلك ، ولم تكن قد اشترطت الدفع مقدماً ويجب أن يكون قرار الإعفاء مسبباً ... " .

ولتطبيق هذا الإعفاء يجب توافر الشروط الآتية :

أ - أن يكون مقدم العطاء شركة من الشركات المحتكرة . ومن ثم فإن إعفاء مثل هذه الشركات من تقديم التأمين لا يؤدى إلى الإخلال بمبدأ حرية المنافسة ، وما يقتضيه من ضرورة التسوية بين المتناقصين لأن الأمر يتعلق بعطاء وحيد مقدم من شركة تحتكر النشاط موضوع المناقصة . وعلى ذلك فإن هذا الشرط ينتفى إذا تعددت هذه العطاءات ، ولو كان التعدد محدوداً .

ب - أن تطلب الشركة فى عرضها إعفاءها من التأمين المؤقت .

وعلى ذلك فإنه وفقاً لهذا الشرط لا يجوز للإدارة أن تبادر مـن تلقـاء نفسها بإعفاء الشركة من دفع قيمة التامين حتى ولو كـانت تحتكـر ممارسـة النشاط موضوع المناقصة .

ج - أن يقترن طلب الشركة الإعفاء من التأمين بعدم اشتراط الدفـع مقدماً . سواء كان هذا الدفع المقدم فى صورة كل الثمن أو على دفعات .

د - أن يصدر قرار بالإعفاء من السلطة المختصـة بعـد موافقـة لجنة البت . وأن يكون القرار الصادر بإعفاء الشركة من دفع التـأمين قـراراً مسبباً حتى يمكن تحقيق الرقابة القضائية عليه .

وقد أغفل القانون الجديد رقم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨ النـص علـى هـذه الاستثناءات ومن ثم فإن هذه الجهات تلتزم بدفع التأمين الابتدائى وتتقيد بأحكامه وقد سبق لنا أن اعترضنا على فكرة هذا الاعفاء وأساسه وهو ما أثبتنـاه فـى الطبعة الأولى من هذا المؤلف وقد استجاب المشرع لرأينا الـذى جـاء فيـه آنذاك .

« فى حقيقة الأمر نحن لا نؤيد الإعفاء من التأمين سواء الإجباري منه أم الجوازى ويجب أن يعيد المشرع النظر فى هذه الأحكام . فالتـأمين سـواء أكان ابتدائياً أم نهائياً يقصد منه ضمان جدية الالتزام بالعطاء وتنفيذه تنفيذاً جيداً حسب شروط المناقصة وهو أمر مطلوب أيضاً فى حالات الإعفاء . كمـا أن وجود هذا التأمين يؤدى فى كثير من الأحيان إلى حسم المنازعات التى تنشـأ بين جهة الإدارة والمتعاقد معها » .

ثانياً : التحفظات المصاحبة للعطاء .

استقرت أحكام القضاء على أن " ... إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليـس إلا دعـوة

للتعاقد وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذى ينبغى أن يلتقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد ... " ([1]) .

وعلى ذلك فإن الأصل العام أن مقدم العطاء يتقدم بعطائه إلى جهة الإدارة آخذاً فى اعتباره الشروط والمواصفات التى تضعها الإدارة تحديداً لموضوع المناقصة على أنه استثناء من هذا الأصل تنص المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصرى فى فقرتها الثالثة "... وإذا رغب فى وضع اشتراطات خاصة أو إجراء تعديلات أن يبعثها فى كتاب مرافق لعطائه على أن يشير إلى هذا الكتاب فى العطاء نفسه أو أن يرسل التعديل بعد ذلك بكتاب على أن يصل قبل فتح المظاريف ولا يعتد بما عدا ذلك من وسائل المراسلة .. " .

أما فى القانون الحالى فقد نص فى المادة ٥٥ من اللائحة التنفيذية منه على أن « ... وإذا رغب فى ابداء أية ملاحظات خاصة بالنواحى الفنية فيثبتها فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى » .

والمقصود بالتحفظات هى تلك الاشتراطات الخاصة التى يلحقها مقدم العطاء بعطائه ويقصد من ورائها التحفظ على أحد شروط المناقصة المعلنة أو حتى الخروج عليها . وفى تحديد معنى التحفظات ذكرت محكمة القضاء الإداري بأنها " كل شرط يضعه مقدم العطاء فى عطائه ويكون مختلفاً عن الشروط التى تضعها جهة الإدارة أو يكون غير وارد فيها ويعتبر تعديلاً من المناقص لشروط العطاء أو بعبارة أدق يعتبر تحفظاً منه مقترناً بعطائه .. " ([2]) .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٣٢٣ السنة ١٠ ق جلسة ٢ ديسمبر ١٩٦٧ مجموعة المبادئ فى ١٥ عاما ١٩٦٥ – ١٩٨٠ جـ ٢ ص ١٨٤٥ .

(٢) محكمة القضاء الإداري – دعوى رقم ١٧٥٣ جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨ س ١٠ ق المجموعة س ١١ ص ٤٠١ .

وذهبت المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢ (١) إلى أن الأصل أن من يوجه الإيجاب فى العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتى تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك فى ذلك . وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا رأى الخروج فى عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التى لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة .

وعلى ذلك فإنه ترتيبا على ما سبق ، فإن التحفظات يشترط فيها من ناحية أولى أن تكون ملحقة بالعطاء الأصلي ، ومن ناحية ثانية ألا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة " .

كما أن هذه التحفظات قد تكون مالية وقد تكون غير مالية . ولا شك أن هذه التحفظات تؤثر على العطاء على وجه معين وبيان ذلك – على التفصيل التالى :

١ - شروط صحة التحفظات :

يشترط لصحة التحفظات ما يلى :

أ - أن تكون ملحقة بالعطاء الأصلى . وعلى ذلك تنص الفقرة الثالثة من المادة ٥٥ سابق الإشارة إليها حيث أعطت لمقدم العطاء الحق فى وضع أى ملاحظات خاصة بالنواحى الفنية على أن يثبتها فى كتاب مستقل يتضمنه المظروف الفنى .

ومن ثم يستفاد من ظاهر هذا النص وجوب أن تكون هذه التحفظات أو الاشتراطات الخاصة فى خطاب منفصل يرسل مرافقا للعطاء . على أنه لا يمنع فى نظرنا ورود هذه التحفظات فى داخل العطاء إن أمكن ذلك . وبحيث لا

---

(٢) سابق الإشارة إليه .

يترتب على وجودها كشط أو تغيير فى بنود العطــــاء كمــا حددتــه كراســة الشروط . ولكن هل يجوز أن ترسل هذه التحفظات فى كتــاب منفصــل عــن مظروف العرض الفنى ؟ هذا ما كان مقررا فى القانون الملغى . ولكـــن فــى القانون الجديد اشترط أن يتضمنه المظروف الفنى فى المادة (٥٥) فى اللائحــة التنفيذية . على أننا نرى أنه يجوز ذلك لأن نفس المادة فى فقرتها اللاحقة تنص على أنه « لا يلتفت إلى أى إدعاء من صاحب العطاء بحصول خطأ فى عطائه إذا قدم بعد فتح المظاريف الفنية » . على أنه فى كــل الأحــوال إذا أرســلت التحفظات إلى جهة الإدارة بعد تقديم العطاء . فيجــب أن يتــم إرســال هــذه التحفظات بكتاب ولا يعتد بغير ذلك من طرق المراسلة . ويجب أن يصل كتاب التحفظات إلى جهة الإدارة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف . فــإذا تجــاوز ميعاد وصولها اليوم المحدد لفتح المظاريف كانت لا محل لها ولا يلتفت إليها .

ب – يجب أن تكون هذه التحفظات ثانوية . أى أنها تحفظات لا تنال من الشروط الجوهرية للمناقصة . فهى فى مجملها لا تخرج عن كونها شــروط تتعلق بالدفع ومواعيد التسليم والفوائد وغير ذلك من المسائل التى لا تؤثر علــى الشروط الجوهرية للمناقصة . فإن كانت تحفظات جوهرية تؤدى إلــى تعديــل شروطها فإنها تعتبر معدلة لشروط المناقصة ومواصفاتها الفنيــة وهــو أمــر يتناقض مع آلية المناقصة العامة . والتى تقضى بضرورة الاســتبعاد للعطــاء الذى لا يلتزم بشروط المناقصة ويخرج علــى مواصفاتــها إلا إذا كــان هــذا الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التى لا تؤثر على الشروط الجوهريــة للمناقصة .

٢ – أنواع التحفظات :

التحفظات قد تكون تحفظات مالية وقد تكون غير مالية :

يقصد بالتحفظات المالية تلك التى تتعلق بطريقة الأداء المالى فى العقــد الذى سوف يبرم بين مقدم العطاء وبين جهة الإدارة فى حالة قبــول عطائــه .

كاشتراط طريقة محددة للدفع ، أو ضرورة المحاسبة على أساس الزيادة التى قد تطرأ على المواد الخام محددة للدفع ، أو ضـــرورة المحاسـبة علــى أســاس الزيادة التى قد تطرأ على المواد الخام مثلاً .. أو التحفظ بضرورة الأخذ فــى الاعتبار الأعباء الضريبية التى قد تستجد بعد قبول العطاء . أو تحديد طريقــة معينة لصرف دفعات مقدمة تحت الحساب وغير ذلك . أما التحفظـــات غـير المالية فإنها تتعلق غالباً بظروف العمل مثل اشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع كما فى عقود الإنشاءات والتشييد . أو التحفظ بزيادة مدة العملية بقـــدر مدة التأخير فى صرف المستحقات .

والجمعية العمومية للفتوى والتشريع تقر وجود هذيـــن النوعيــن مــن التحفظـــات ففـــى فتواهـــا بتـــاريخ ١٧ ينـــاير ١٩٨٤ (١) . ذهبـت إلــــى أن " تحفظ جميع المتناقصين بعطاءاتهم على أساس المحاسبة علــى أى زيــادة تحدث في أسعار مواد البناء خلال تنفيذ العملية – رسو العملية على أرخـــص العطاءات – وخلو لجنة البت من أى تعليق أو رفض لهذا التحفظ ... يكون قـد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذى تقدم ويكون التعاقد قد تم فعلاً علـــى أساس التى تقدم بها بما فى ذلك التحفظ الذى قدمه .. " .

أما عن التحفظات غير المالية فقد قررت الجمعية العموميـــة لقسـمى الفتوى والتشريع بجلسة ١٦ مايو ١٩٩٣ أنه " .. الأصل المقــرر فــى تنفيـذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقـــاعس أو يتراخى فى تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة فى تنفيذ التزاماتها المقابلـــة – هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذا ما قدر أن عـدم

---

(١) فتوى رقم ٤٧ بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ ملف رقم ١٤/٢/٧٨ جلسـة ١٩٨٣/١١/١٦ مجموعة المبادئ القانونية التى تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتـــوى والتشريع س ٣٧ ، ٣٨ – ١٩٩٥ ص ٣٧٣ .

تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته معها فى الميعاد المحدد ... " (١) .

٣ - أثر وجود التحفظات على قبول العطاء :

إذا كان التحفظ فى الحدود التى سبق وأن حددناها ، فإنه لا يجوز للإدارة استبعاد العطاء بسبب وجود مثل هذا التحفظ . وتحديد ما إذا كان التحفظ جوهرياً أو غير جوهرى أمر تستقل الإدارة بتقديره على أن يكون ذلك تحت رقابة القضاء شأن السلطة التقديرية للإدارة دائما .

وإذا كانت الإدارة لا يجوز لها استبعاد العطاء الذى اقترن بتحفظ ثانوى لا يؤثر على الشروط والمواصفات الجوهرية للمناقصة . فإنها يمكن أن تقبل هذا التحفظ وتتعاقد على أساسه ويكون جزءاً من العقد . ولها أن ترفضه .

فإذا رفضت جهة الإدارة قبول التحفظ الذى اقترن بالعطاء . وكان هذا العطاء هو الأقل سعراً والأنسب شروطاً . فإن القانون أجاز للإدارة – استثناء – أن تدخل الإدارة فى مفاوضات مع مقدم العطاء للنزول عن تحفظاته كلها أو بعضها وذلك حسب نص المادة ١٦ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ " لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضات مع أحد مقدمى العطاءات فى شأن تعديل عطائه ، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان ... " .

وعلى الرغم من أن القانون الجديد لم ينص على ذلك فإن القواعد العامة تؤيد ذلك ، لسبق نصه على جواز التحفظات سواء أكانت مالية أم فنية .

---

(١) فتوى رقم ٥٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤ مجموعة المبادئ حـ ٢ – من أول مارس – ١٩٩٣ – حتى آخر سبتمبر – مكتوبة على الآلة الكاتبة ١٩٩٣.

ولا شك أن المفاوضة تؤدى إلى نتيجة معينة وهى لا تخرج عن ثلاثة فروض : **الأول** : أن ينزل مقدم العطاء عن تحفظه ويقبل التعاقد مع الجهة الإدارية بدون هذه التحفظات . **والثانى** : أن يتمسك مقدم العطاء بتحفظه وهنا تكون جهة الإدارة مخيرة بين أن تقبل هذا التحفظ أو ترفض التعاقد مع مقدم العطاء مع وجود هذا التحفظ . **والثالث** : أن تتفق جهة الإدارة ومقدم العطاء على حل وسط .

ولكن ما هو الحل إذا تم إرساء المناقصة على مقدم العطاء المقترن بتحفظ معين وأبرم العقد الإدارى بين الجهة الإدارية دون ذكر لمثل هذا التحفظ ؟ .

مجلس الدولة المصرى بشقيه القضائى والإفتائى يذهب إلى أن سكوت الإدارة عن مناقشة مقدم العطاء المقترن بتحفظات للنزول عن هذه التحفظات وقبلت إبرام العقد رغم ذلك فإنه يعد تسليماً منها بهذه التحفظات وقبولاً للإيجاب المقدم من هذا الشخص بعلاته وتحفظاته .

ومن ذلك ما ذهبت إليه الجمعية العمومية فى فتواها بتاريخ ١٧ يناير ١٩٨٤ (سابق الإشارة إليها) إلى أن تحفظ جميع المتناقصين بعطاءاتهم على أساس المحاسبة على أى زيادة تحدث فى أسعار مواد البناء خلال تنفيذ العملية – رسو العملية على أرخص العطاءات – خلو لجنة البت من أى تعليق أو رفض لهذا التحفظ وموافقة الجهة المختصة على القرار وتحرير العقد مع المقاول دون الإشارة إلى التحفظ – بإرسال العطاء على المقاول يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذى تقدم به ويكون التعاقد قد تم فعلاً على أساس الشروط التى تقدم بها بما فى ذلك التحفظ الذى قدمه هو أسوة بغيره من المتناقصين – لا يجوز التعديل أو التغيير فى العقد بعد إبرامه إلا بموافقة الطرفين .

المطلب الثانى

سلطة الإدارة فى قبول العطاء

ينقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الأول نبحث فيه : شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة فى الاستبعاد .

أما الفرع الثانى : فنتناول فيه الأثر القانونى المترتب على تصدير العطاء .

الفــــرع الأول

شروط قبول العطاء وسلطة الإدارة فى الاستبعاد

يستلزم القانون أن يتم تقديم العطاء إلى جهة الإدارة فى الوقت المحـــدد لذلك . كما اشترط أيضاً أن يتقدم به صاحبه بطريقة معينة . وإذا كان العطـــاء المقدم قد استوفى الشروط التى حددها القانون ، أو أعلنتها الإدارة فى المناقصة فإنه يجب على جهة الإدارة قبول العطاء (١) . وإن كان قرار الإدارة بـــالقبول ليس قراراً تقديرياً إلا أنه فى حالات معينة خول القانون الإدارة سلطة اســتبعاد العطاء .

وترتيباً على ما سبق سوف نتناول فى هذا الفرع أولاً : شروط قبـــول العطاء . وثانياً : سلطة الإدارة فى الاستبعاد .

---

(١) De Laubadere : op . cit . p 613 .
Quancard (M) : op . cit . pp . 82 – 83 .

أولاً : شروط قبول العطـاء :

تتعلق شروط قبول العطاء بالميعاد الذى يصل فيه العطاء لجهـة الإدارة من ناحية أولى . وبكيفية إرساله من ناحية ثانية .

١ - ميعاد وصول العطاء إلى جهة الإدارة :

تنص اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى المادة ٦٣ على أنه " يجب أن تصل العطاءات إلى جهة الإدارة أو الوحدة المختصة فى ميعـاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد بالإعلان لفتـح المظـاريف الفنية ولا يعتد بأى عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور " .

ووفقا لهذا النص فإن المشرع حدد الساعة الثانية عشـرة مـن اليـوم المحدد فى الإعلان عن المناقصة لتقديم العطاء . فإذا قدم العطـاء بعـد هـذا الميعاد فإن القانون رتب على ذلك أثراً فى غاية الأهمية وهو عدم الاعتداد بهذه العطاءات .

ويقصد باليوم المحدد بالإعلان هو اليوم المحدد لفتح المظاريف .

وإذا قدم العطاء قبل هذا الميعاد . فإنه يبقى لمقدم العطاء حقه فى تعديل عطائه على أن يكون هذا التعديل بخفض الأسعار وله أيضاً أن يضع ما يعن له من تحفظات – كما سبق أن بينا – على أنه يجب أن يصل التعديل أو التحفظات فى كتاب إلى وجهة الإدارة قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف . على أنه تجدر ملاحظة أن ذات اللائحة تحدد مدة لتقديم العطاء لا تقل عن ثلاثين يوماً تحسـب من تاريخ أول إعلان عن المناقصة فى الوقائع المصرية . وأجازت هذه اللائحة – فى غير المناقصات العامة المتعلقة بالتوريدات السنوية – تقصير هذه المـدة

بشرط ألا تقل عن ١٥ يوماً إذا دعت الضرورة إلى ذلك ، ويكون ذلك بقـــرار من رئيس الإدارة المركزية المختص (1) .

وقد يستفاد من نص المادة ٦٣ من اللائحة التنفيذية ســالفة الذكــر أن يختلف اليوم المحدد فى الإعلان عن المناقصة كآخر ميعاد لتلقـــى العطــاءات وبين اليوم المحدد لفتح المظاريف . وهو أمر يحتمله ظاهر النص . على أنــــه تجدر ملاحظة أن الواقع العملى يجرى دائماً على النص فـــى الإعــلان عــن المناقصة أن آخر يوم لتلقى العطاءات هو ذاته اليوم الذى تفتح فيه المظاريف .

وينص القانون الفرنسى على إمكانية تقديم العطاءات حتى ميعاد فتـــح المظاريف . ويجب ألا تقل المدة بين أول إعلان وبين هذا الميعاد عن ٣٦ يوماً . وفى حالة الضرورة يمكن تقصيرها إلى ١٥ يوماً (2) .

وهذه الأحكام التى تنظيم موعد تقديم العطاءات ســواء فــى القــانون المصرى أو الفرنسى لا تختلف مع ما نص عليه قانون اليونسترال فى المـــادة ٢٨-١ على أنه " تحدد الجهة المشترية تاريخاً ووقتاً معينين كموعـــد نـــهائى لتقديم العطاءات . " .

٢ - كيفية تقديم العطاء :

تنص المادة ٥٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " تقدم العطاءات موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بخاتم جهة الجهة الإدارية ... ويجب أن يثبت على كل من مظروفى العطاء الفنى والمـالى نوعه من الخارج ، ويوضع المظروفين داخل مظروف مغلق بطريقة محكمـــة ويوضح عليه أسم وعنوان الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة وأن ما بداخلـــه المظروف الفنى والمظروف المالى .. ويكون تقديم العطاءات إمـــا بارســـالها

---

(١) راجع ما سبق عند الحديث عن الإعلان عن المناقصة ص ٣٥ .

(٢) Mogenet (R) : op . cit p . 107 .

بالبريد الموصى عليه خالصة الأجر أو وضعها داخل الصندوق المختص لوضع العطاءات بالجهة أو تسليمها لقلم محفوظات الجهة فيكون ذلك بإيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته . ".

وعلى ذلك فإن نص المادة ٥٤ سالفة الذكر تتطلب أن تكون العطاءات موقعة من صاحبها أو من وكيله ويجب أن يتحقق الموظف المختص من صحة التوقيع ومراجعة ذلك على الوثائق والشهادات المقدمة مع العطاء .

كما تبين هذه المادة وسيلة تقديم العطاء إلى جهة الإدارة وهى لا تخرج عن إرسال هذا العطاء بالخطاب الموصى عليه أو بوضعها مباشرة داخل الصندوق المخصص لوضع العطاءات أو تسليمها لقلم محفوظات الجهة التى أعلنت عن المناقصة وفى هذه الحالة يكون تسليمها إلى الموظف المختص مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته .

على أن العمل يسير دائما على تقديم العطاء للجنة المخصصة لفتح المظاريف فى ذات اليوم المحدد لفتح المظاريف وقبل الساعة الثانية عشر ظهراً وذلك ضماناً لسرية العطاءات وخوفاً من مقدم العطاء لهتك هذه السرية لصالح منافسيه . وهذه هى الطريقة التى ينص عليها أيضاً القانون الفرنسى لتقديم العطاء فى المادة ٨٧ من قانون العقود الفرنسى (١) .

وتتفق هذه الأحكام مع ما ينص عليه قانون اليونسترال فى المادة ٢٩-٥-١ على أن يقدم العطاء كتابة وموقعاً عليه وفى مظروف مختوم .

على أننا نتساءل عن جواز استخدام الأجهزة الحديثة مثل التلكس أو الفاكس فى إرسال العطاء إلى جهة الإدارة .

من الواضح أن نص المادة ٥٤ لم تحصر وسائل إرسال العطاء فى وسيلة واحدة . ولكنها اشترطت ضرورة أن يكون العطاء مقدماً على النموذج

---

(١) De Laubadere : op . cit . p 613 .

الذى حددته الإدارة والذى يكون دائماً موجوداً فى كراسات الشروط التى تعلن عنها الإدارة . كما أن المادة ٥٥ تنص على أن تكون قائمة الأسعار مؤرخة وموقعة من مقدم العطاء " . فهذا التوقيع وذاك هو الذى يؤدى إلى التزام مقدم العطاء بما يحتويه عطاؤه من بيانات . وإثبات صحة التوقيع فى مثل هذه الحالات إنما يخضع للقواعد العامة فى قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والتى تنص المادة ١٤ منه على أن " يعتبر المحرر العرفى صادراً ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة " .

على أن التوقيع الذى يقصده قانون الإثبات هو التوقيع بخط اليد وليس التوقيع الذى يثبت على الصورة سواء كانت صورة فوتوغرافية أو صورة مرسلة بالفاكس .

ونرى أنه يجب الأخذ بالوسائل الحديثة فى الاتصال ويجب قبول العطاء أو تعديل العطاء المرسل بالفاكس وغيره من وسائل الاتصال الحديثة مالم ينكره مرسله . أما إذا تمسك مقدم العطاء بعطائه الذى سبق إرساله بإحدى هذه الوسائل . فيجب الأخذ به واعتباره عطاء صحيحاً . طالما كان ذلك يحقق الهدف الذى قامت من أجله المناقصة ، فقد يكون هذا العطاء أنسب العطاءات المقدمة لجهة الإدارة . وهذا يفترض أيضاً توافر الشروط الأخرى لصحة العطاء .

ثانياً : سلطة الإدارة فى الاستبعاد

الاستبعاد قرار تصدره الإدارة ويتضمن استبعاد أحد العطاءات التى قدمت فى المناقصة العامة لأسباب تحددها .

والاستبعاد يختلف عن الحرمان الذى سبق وتحدثنا عن حالاته – من نواح عديدة .

فمن ناحية أولى : قرار الحرمان ينصب على شخص معين سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً ويهدف إلى حرمانه من التقدم إلى المناقصات والمزايدات التى تجريها جهة الإدارة . فى حين أن الاستبعاد يعتبر إجراء موضوعياً يتعلق بعطائه تقدم به شخص معنوى أو طبيعى ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء وحرمانه من السير فى إجراءات المناقصة حتى منتهاها .

ومن ناحية ثانية : يعتبر قرار الإدارة بالحرمان إجراء عاماً يتعلق بالشخص الطبيعى أو المعنوى ويهدف إلى الحرمان من دخول كافة المناقصات والمزايدات التى تجريها جهة الإدارة . وقد يكون هذا الإجراء محدد المدة . كما قد يكون غير محدد المدة . وقد يكون فى حدود مالية معينة أو يقتصر على نوعيات محددة من المناقصات . وهذا كله بخلاف قرار الاستبعاد والذى لا يعدو أن يكون قراراً فردياً باستبعاد عطاء معين وبمناسبة مناقصة معينة (١) .

واستبعاد العطاء المقدم فى المناقصة قد يكون تطبيقاً لشرط حسن السمعة . كما قد يكون الاستبعاد ناتجاً عن تطبيق الإدارة لحالة من الحالات الحرمان سواء أكان الحرمان وقائياً أو جزائياً . كما قد يكون لعدم توافر الشروط التى تطلبتها الإدارة بخصوص المناقصة . وأخيراً قد يكون الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية (٢) . وذلك كله على التفصيل التالى : -

١ - حالات الاستبعاد

أ - الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة :

وهنا يكون الاستبعاد تطبيقاً لشرط حسن السمعة . فالقانون يشترط فيمن يتقدم بعطائه فى المناقصات والمزايدات أن يكون حسن السمعة .

---

(١) احمد عثمان عياد – المرجع السابق – ص ١٥٢ .

(٢) De Laubadere : op . cit .pp. 599 et s .

وفى الحقيقة يعد شرط حسن السمعة شرط عام وقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى منذ بواكير أحكامها إلى تحديد المقصود بشرط حسن السمعة بأنه يعنى " .. أن يكون من يتولى هذه الأعمال محمود السيرة لم يسمع عنه ما يشينه أو يحط من قدره بين الناس حائزاً لما يؤهله للاحترام الواجب للمهنة التى يرغب فى مزاولتها .. " (١) .

وفى هذا المعنى استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن المقصود بحسن السمعة هو .. تلك المجموعة من الصفات التى يتحلى بها الشخص فتكسبه الثقة بين الناس وتجنبه قاله السوء ، وما يمس الخلق " . (٢)

وإذا كان الحكم على الشخص بجناية أو جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة تهدر حسن السمعة بصفة عامة ، فإنا نرى أن المشرع قد تشدد بالنسبة لشرط حسن السمعة فى مجال المناقصات والمزايدات العامة وألزم القاضى بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى بضرورة الحكم بعدم دخول الشخص المحكوم عليه بعقوبة جناية فى المناقصات والمزايدات وذلك كعقوبة تبعية .

على أنه فى الحالات الأخرى التى لا يتحقق فيها هذا الفرض فإن الإدارة تستطيع أن تستبعد الشخص الطبيعى أو المعنوى من دخول المناقصات والمزايدات العامة نتيجة لعدم توافر شرط حسن السمعة .

وفى مجال المناقصات والمزايدات العامة يمكن الاعتماد على مجموعة من الاعتبارات التى تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه . وأهم هذه الاعتبارات مايلى :

---

(١) محكمة القضاء الإداري – قضية رقم ٥ السنة الأولى مجموعة عمر ص ٢٠٥ بتاريخ ١٩٤٧/٣/١٨ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ١٦ بتاريخ ١٩٧٢/٤/٩ .

- سلوك الشركة أو الشخص الطبيعى فى تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أو غيرها .
- عدد المرات التى لجأت الشركة فيها إلى القضاء .
- عدد المرات التى لجأت الشركة فيها إلى التحكيم .
- هلى سبق تطبيق غرامات تأخير على الشركة قبل ذلك فى عمليات أخرى .

فكل هذه الاعتبارات وغيرها تحدد مركز الشركة وتبين سمعتها فى الوسط الذى تعمل فيه . فمثلا إذا كانت الشركة فى أعمال سابقة قد أهملت فى التنفيذ أو نفذت على غير الوجه المتفق عليه فى العقد . وإذا كانت الشركة دائمة اللجوء إلى القضاء أو التحكيم وما يترتب على ذلك من تأخير الأعمال . ففى هذه الحالات لا تكون سمعة الشركة أو المنشأة أو الشخص الطبيعى مقدم العطاء فوق مستوى الشبهات . وهنا سلطة الإدارة التى تقرر – وفقا للظروف الموضوعية – ولمقتضيات المصلحة العامة – استبعاد العطاء المقدم من قبل هذه الشركة أو هذا الشخص وذلك لعدم توافر شرط حسن السمعة .

وتحرص كراسات الشروط على اشتراط تقديم شهادة حسن السمعة . وذلك للتأكد من أهلية المتقدم للمناقصة العامة .

وشرط حسن السمعة نصت عليه المادتين ٤٨ ، ٢٥٨ من تقنين العقود الإدارية فى فرنسا (١) . وفى القانون المصرى كانت المادة الثالثة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات تنص على أن " تعرض العطاءات على لجنة البت مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الفرع المختص ويجب أن تتضمن هذه الملاحظات إبداء الرأى فى أصحاب العطاءات من حيث كفايتهم المادية والفنية وحسن السمعة " .

---

(١) De Laubadere : op . cit .p.599 et Quancard , op.cit.p.51 .

وعلى ذلك أيضاً نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ على أن يكون التعاقد بطريقة المناقصة المحددة فى الحالات التى تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معينين سواء فى داخل مصر أو فى خارجها على أن تكون قد ثبتت كفايتهم فى النواحى الفنية والمالية وأن تتوافر بشأنهم شروط حسن السمعة .

وهو ما نصت عليه أيضا المادة الثالثة من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

وسلطة الإدارة فى الاستبعاد لسوء السمعة أمر مسلم من قبل القضاء حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " للإدارة حق أصيل فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتحلون بحسن السمعة . ولها مطلق التقدير فى مباشرة هذا الحق لا يحدها فى ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة [1] " .

وفى جلستها بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٨٧ ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أنه " .. لا يكفى فى المتعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب أن تتوافر إلى جانب ذلك حسن السمعة ، وللإدارة فى هذا الشأن الحق فى استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ولها سلطة تقديرية فى مباشرة هذا الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة . وفى ضوء ذلك يكون من حق جهة الإدارة أن تستبعد من المناقصة أو الممارسة التى تجريها العطاء الذى يثبت لديها أن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدى إلى

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – بتاريخ ١٧ فبراير ١٩٦٧ سبق الإشارة إليه .

احتمال تعاقد الإدارة مع صاحب هذا العطاء رغم عدم توفر حسن السمعة لديه ، الأمر الذى لا يتفق مع أحكام القانون .. " (١) .

ويأخذ قانون اليونسترال بحق الإدارة فى استبعاد العطاءات نظراً لعدم توافر السمعة الطيبة حسب ما تقضى المادة ٦-٣-١ . كما تقضى المادة ٧-٧ بوجوب أن تبلغ جهة الاشتراء المورد أو المقاول بأسس استبعاده غير أنها لا تكون ملزمة ببيان أسباب قناعتها بهذه الأسس .

ب - الاستبعاد نتيجة لتطبيق قرارات الحرمان

عرفنا فيما سبق أن للإدارة سلطة حرمان البعض من التقدم فى المناقصات العامة سواء كان هذا الحرمان على شكل جزاء أو كان حرماناً وقائياً . ويترتب على ذلك اعتبار الشخص المحروم ممنوعاً من التقدم إلى المناقصات العامة . فإذا تقدم هذا الشخص بعطائه إلى المناقصة التى أعلنت عنها الإدارة . فإن الإدارة ملزمة باستبعاد هذا العطاء حتى ولو توافرت فيه كافة الشروط التى حددتها الإدارة فى كراسة الشروط .

وهنا لا تعدو للإدارة سلطة تقديرية فى هذا الاستبعاد . فهى ملتزمة باتخاذ قرار الاستبعاد تطبيقاً للقانون . وتلزم المادة السادسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأن تمسك إدارة المشتريات بكل جهة من الجهات التى تسرى عليها هذه اللائحة السجلات والنماذج الآتية :

(٣) سجل قيد الممنوعين من التعامل :

ويثبت به بالإضافة إلى البيانات السابقة البيانات الآتية : -

- الجهات المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه .
- أسباب حظر التعامل .

---

(٢) ملف رقم ١٢٠/١/٤٧ جلسة ٩ ديسمبر ١٩٨٧ - سابق الإشارة إليها .

وعلى ذلك يجب على الإدارة استبعاد العطاءات التى يتقدم بها أشخاص تنطبق عليهم إحدى حالات الحرمان التى سبق بيانها .

ولكن قد يحدث أن تقبل الإدارة عطاء شخص أو شركة تنطبق عليها إحدى حالات الحرمان – السابق بيانها – ثم تبرم معه العقد على اعتبار أنه تقدم بأفضل الشروط . ثم يتبين لها أن هذا الشخص لا يجوز له التقدم بعطائه إلى المناقصة نتيجة سبق حرمانه من دخول المناقصات العامة .

الرأى فى فرنسا يذهب إلى صحة هذا التعاقد ، على اعتبار أن قبول الإدارة للعطاء المتقدم به الشخص المحروم فى حكم القرار الضمنى بإلغاء قرار الحرمان . وعلى اعتبار أن قرارات الحرمان إنما مقررة لصالح الإدارة . ومن ثم فلها أن تقدر تطبيقها من عدمه (١) .

وفى مصر يذهب رأى إلى التفرقة بين الحرمان الوقائى والحرمان الجزائى . فالحرمان الوقائى تطبق عليه القواعد المعمول به فى فرنسا . أما فى حالة الحرمان الجزائى فيجب التفرقة بين الحرمان المنصوص عليه وغير المنصوص عليه فيطبق المبدأ العام المعمول به فى فرنسا أيضاً فى حالة الحرمان غير المنصوص عليه وذلك على أساس أن الحرمان مقرر لصالح الإدارة فقط وأن إرسال العطاء وإبرام العقد مع أحد المحرومين يعتبر إلغاء ضمنياً لقرار الحرمان (٢) .

وفى الحقيقة نرى غير ذلك : فالإدارة لا تستطيع أن تتغاضى عن تطبيق قرارات الحرمان سواء تلك التى أصدرتها بمقتضى سلطتها التقديرية ، أو بمقتضى تطبيق نص القانون فهذه القرارات تستهدف فى المقام الأول تحقيق المصلحة العامة ، هذا فضلاً عن أن القانون قد ألزم الإدارة أن

---

(١) Quancard (M) : op. cit. p .103 et s .

(٢) أحمد عثمان عياد – المرجع السابق – ص ١٦٣ .

تمسك سجلاً بأسماء المقاولين المحرومين بمقتضى نص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والتى تنص على ما يلى : " يجب على كل وحدة إدارية تقوم بالتعاقد على عمليات الشراء أو تقديم الخدمات أو إجراء المقاولات أو مقاولات النقل أن تمسك السجلات والنماذج آلاتية بمعرفة إدارة المشتريات بها .. " .

٣ - سجل قيد الممنوعين من التعامل ويثبت بالإضافة إلى البيانات السابقة البيانات الآتية :

- أسباب المصدرة لقرار حظر التعامل وتاريخ صدوره ورقمه .
- أسباب حظر التعامل .

وترتيباً على ذلك ؛ فإن جهة الإدارة ملتزمة بتطبيق قرارات الحرمان حتى ولو كانت هى مصدرة القرار . فهى تلتزم به إلى أن يعدل أو يلغى . وفى ذلك حماية لمصلحة المرفق وتحقيقاً للمصلحة العامة . وتطبيقاً لمبدأ حرية المنافسة اللازم توافره فى إجراءات دخول المناقصة .

جـ – استبعاد العطاء نتيجة عدم توافر الشروط التى حددتها جهة الإدارة فى كراسة الشروط :

تعمل الإدارة دائما على تضمين كراسة الشروط مزيداً من الشروط العامة التى ترى أنها ضرورية لنجاح العملية التى تريد التعاقد عليها . وهذه الشروط إنما تكتسب أهميتها من كونها تعمل على تحقيق المصلحة العامة والتى تتمثل فى كفالة حسن تنفيذ العقد وتحقيق صالح المرفق . وعلى ذلك فإن هذه الشروط تفقد مشروعيتها إن هى انحرفت عن هذه الغاية وترتب عليها استبعاد عدد كبير من الأشخاص دون مبرر معقول [١] .

---

(١) De Laubadere : op . cit . p . 600 .

وقد تتعلق هذه الشروط بضرورة أن يكون المتقدم للتعاقد مع الإدارة مقيداً بسجلات معينة (تجارية – صناعية – إلخ) أو لديه خبرة فنية معينة أو غير ذلك من الشروط التى تمكن الإدارة من الوقوف على قدرة المتعاقد معها على القيام بالعمل موضوع المناقصة على خير وجه .

د – الاستبعاد لعدم الكفاءة الفنية أو المالية :

للإدارة أن تستبعد عطاء الشخص المتقدم للمناقصة إذا رأت أن هذا الشخص غير كفء سواء من الناحية الفنية أو من الناحية المالية . ومسألة الكفاءة هنا مسألة تقدرها الإدارة بمحض سلطتها التقديرية وذلك بالنظر إلى اعتبارات عديدة مثل ملاءة الشخص المتقدم بعطائه سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً – وقدرته الفنية وأيضاً بالنظر إلى طبيعة المشروع موضوع التعاقد ، وما يتطلبه من قدرة تمويلية وخبرة فنية (1) .

على أن الإدارة وهى بصدد تقدير هذه الكفاءة سواء من الناحية المالية أو الفنية عليها ألا تسئ استعمال هذه السلطة التقديرية . فلا يصح أن تعترف بكفاءة شركة مثلا لتنفيذ عملية تتكلف مليون جنيه بالرغم من أن رأس مال الشركة بضعة آلاف من الجنيهات .

وقد يتطلب الأمر ضرورة أن يقدم المتناقص شهادات تبين كفاءته المالية أو الفنية وذلك كأن تطالبه الإدارة بضرورة التقدم بسابقة أعماله التى أجراها سواء مع الجهة التى تجرى المناقصة أو المزايدة أو مع الجهات الإدارية الأخرى . ففى فرنسا تستلزم الإدارة أحياناً أن يقدم المتناقص شهادة تثبت كفاءته من الجهة الحكومية عن عمليات سبق أن نفذها لديها أو لدى إحدى جهات الإدارة الأخرى . والبيانات التى تتضمنها هذه الشهادات تكون على مسئولية الجهة التى أصدرتها وذلك إذا كانت هى السبب الرئيسى الذى أدى إلى التعاقد معه .

---

(١) C.E 9 Janvier . 1843 , Chaevlon , Rec . p . 131 .

والإدارة وهى بصدد تقييم الموقف المالى والفنى للمقاول أو المتعهد تأخذ فى اعتبارها عوامل عديدة . فمن الناحية المالية تنظر فى مقدار رأس المال ومدى تحقيق المشروع المتقدم بعطائه للأرباح أو الخسارة . ونسبة هذه أو تلك من راس مال المشروع . وموقف الميزانية السنوية للمشروع . ومن الناحية الفنية فإن الإدارة ترجع إلى سابقة الأعمال التى سبق له القيام بها وعدد العمال الذين يستخدمهم ومدى تخصصه فى الموضوع المطروح للتعاقد . وترتيب الشركة دولياً فى نطاق المناقصات الدولية وسمعتها فى نطاق الشركات المتخصصة فى موضوع المناقصة .

وحق الإدارة فى تقييم الكفاءة الفنية والمالية للمقاول أو المتعهد مقدم العطاء أمر مسلم سواء فى النظام الفرنسى أو المصرى أو فى قانون اليونسترال . ففى فرنسا تستلزم الإدارة أن يرفق المقاول أو المتعهد مع عطائه سابقة أعماله سواء مع تلك الجهة أو مع غيرها من الجهات الحكومية (١) .

وتنص المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " على مقدمى العطاءات ضرورة تضمين المظروف الفنى جميع البيانات الفنية وغيرها من البيانات والمعلومات والمستندات التى تطلبها الجهة الإدارية بما فى ذلك المستندات الدالة على سابقة الخبرة والقيد فى المكاتب أو السجلات أو النقابات أو الاتحادات التى يكون القيد فيها واجبا قانونا .

كما أن المادة ١٣ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تجيز للجان البت أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحى المالية والفنية فى العطاءات المقدمة . ومدى مطابقتها للشروط المعلنة وكذا بالتحقق من توافر شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة فى شأن مقدمى

---

(١) De Laubadere : op . cit . p . 601 .

العطاءات. وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة .

وقد نص قانون اليونسترال على ضرورة توافر الكفاءة الفنية والمقـدرة المالية حسبما تقرره الجهة المشترية فتنص المادة ٦ – ب " يلتزم الموردون أو المقاولون كى يتسنى لهم الاشتراك فى إجراءات المناقصة بإثبات أهليتهم عـن طريق إستيفاء المعايير التالية حسبما تعتبره الجهة المشترية مناسبا فى إجراءات الاشتراء المعنية .

١ – أن تتوافر لديهم الكفاءة التقنية ، والموارد المالية ، والمعدات وكل مـا يلزم لإنجاز عقد الاشتراء .

٢ – أن تتوافر لديهم الأهلية القانونية للدخول فى عقد الاشتراء .

٣ – ألا يكونوا معسرين أو تحت الحراسة القضائيـة أو مفلسـين أو قيـد التصفية ، وألا تكون أعمالهم مدارة بمعرفة محكمة أو موظف قضـائى ، ولم توقف أنشطتهم التجارية ، ولا يواجهون إجراءات قانونيـة لأى سبب من الأسباب التى تقدم ذكرها .

٤ – أن يكونوا قد أوفوا بالتزاماتهم المتعلقة بدفـع الضرائـب واشـتراكات الضمان الاجتماعى فى هذه الدولة .

٥ – ألا تكون قد صدرت ضدهم أو ضد مديريهم أو موظفيهم أحكام بالإدانة فى جريمة تتعلق بسلوكهم المهنى أو بسبب تقديـم بيانـات كاذبـة أو محرفة بشأن أهليتهم للدخول أطرافا فى عقد اشتراء فى غضون سـنة قبل بدء إجراءات الاشتراء . وألا يكونوا قد اعتبروا على أى نحو آخر غير مؤهلين بموجب إجراءات إيقاف أو استبعاد إدارية .

وقضى القانون فى ذات المادة على أنه " مع مراعاة حق الموردين أو المقاولين فى حماية ملكيتهم الفكرية أو أسـرارهم التجاريـة يجـوز للجهـة

المشترية أن تشترط على الموردين أو المقاولين المشتركين فـــى إجـــراءات الاشتراء أن يقدموا الأدلة المستندية أو المعلومات الأخرى المناسبة حسبما تراه مفيداً لكى تتحقق من أن الموردين أو المقاولين مؤهلون وفقاً للمعايير المشـــار إليها " .

٢ – وقت الاستبعـــــاد

يثور التساؤل عن الوقت الذى تمارس فيه الإدارة سلطة إصدار قرارات الاستبعاد . هل يتم قبل فتح المظاريف أم أنه يتم بعد فتح المظاريف ؟

ففى فرنسا يشترط أن يتم ذلك قبل فتح المظاريف . وذلك حتى لا تتأثر الإدارة وهى بصدد إصدار قرارات الاستبعاد بما يتضمنه العطاء من شـــروط وأسعار . فقد تستبعد الإدارة عطاء لكى تفسح المجال لقبول عطاء آخـــر ([1]) . بل أن مجلس الدولة الفرنسى فى أحكامه كان يذهب إلى أنه لا يجوز للجنة فتح المظاريف استبعاد عطاء سبق قبوله بعد فتح المظاريف ([2]) .

على أن الوضع فى مصر مختلف عنه فى فرنسا فقد اســـتقر القضــــاء على أن لجنة البت بعد فتح المظاريف تستطيع أن تصدر قراراً باستبعاد أحـــد العطاءات المقدمة فقد ذهبت محكمة القضاء الإدارى فى حكـــم لـــها بتـــاريخ ٤ فبراير ١٩٦٢ إلى أنه ليس صحيحاً ما تذهب إليه الشركة المدعية مـــن أن الاستبعاد يجب أن يتم قبل أن تبدأ لجنة فتح المظاريف عملها . ذلك أن نـــص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ صريـــح فـــى أن الاســـتبعاد جائز إذا لم يتوافر فى مقدم العطاء شرط الكفاية الماليـــة أو الفنيـــة أو حســـن السمعة ، وأن يكون بقرار من لجنة البت بعـــد فتـــح مظـــاريف العطـــاءات

---

(١) Quancard : op . cit . p . 94 et De Laubadere : op . cit . p . 606 .

(٢) C . E . 26 Mai 1937 s . Coop . Rec . p . 518 .

وعرضها على تلك اللجنة مشفوعة بملاحظات رئيس المصلحة أو الإدارة المختص ([1]) .

وتنص المادة ١٣ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه " يجوز للجان البت أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحى المالية والفنية فى العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة . كما يجوز أن تعهد إلى تلك اللجان بالتحقق المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة . وكذا بالتحقق من توافر شروط الكفاية والمالية فى العطاءات المقدمة مطابقتها للشروط المعلنة . كما يجوز أن يعهد إلى تلك اللجان بالتحقق من توافر شروط الكفاية المالية والمقدرة الفنية وحسن السمعة فى شأن مقدمى العطاءات وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة .. " .

وقد انتهى رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة إلى حق لجنة البت فى استبعاد أى عطاء حتى لو كان الأقل سعراً إذا لم تطمئن إلى كفايته الفنية أو سابقة خبرته فى أعمال مماثلة لأعمالها على الوجه الذى قررته وذلك تحت رقابة القضاء ، تأسيساً على أنه .. إذا ما اطمأنت اللجنة إلى عدم الكفاية الفنية للمناقص صاحب أقل عطاء لأنه لم يقدم سابقة

وأيضاً حكمه فى ٢٦ يناير ١٩٦٠ سابق الإشارة إليه .

(١) محكمة القضاء الإدارة بتاريخ ٤ فبراير ١٩٦٢ المجموعة فى خمس سنوات ص ٢٦ رقم ١٩ على أن سلطة الاستبعاد لا تمارسها لجنة فتح المظاريف . فهذه اللجنة منوط بها " .. مجرد إثبات حالة العطاءات والأوراق المرفقة وليس لها إصدار توصيات سواء نهائية أو غير نهائية الأمر الذى يعد معه عمل تلك اللجنة مجرد تسهيل لأعمال لجنة البت التى سوف تتولى مراجعة كافة الإجراءات ومعرفة مدى سلامتها واتخاذ التوصيات النهائية بخصوص العملية : اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة ملف رقم ١٧٨/٢/٤٧ جلسة ١٩٩١/٣/٢٥ . احمد منصور – المرجع السابق ص ٢٦١ .

أعمال مماثلة للوزارة أو أجهزتها أو الهيئة ذاتها ولم تتمكن اللجنة الفنية من حصر معداته كما أن هذا المقاول هو شركة أسست حديثاً فكل تلك أسباب يحمل عليها قرار اللجنة تحت مسئوليتها وتقريرها الفنى ولا يمكن أن يفرض عليها الاستناد إلى سابقة أعمال لجهات أخرى إذا قدرت وجوباً أن تكون الخبرة السابقة فى أعمال مماثلة فى الجهات التى يتصل عملها بعلمها كما لا يمكن أن يفرض عليها فحص المعدات وهى لم تتمكن من حصرها وأخيراً فإن حداثة عهد شركة الأعمال هو مما يدخل عنصراً من عناصر الاطمئنان إلى كفايتها وخبرتها وكلها أسباب موضوعية تخضع لتقدير لجنة البت تحت رقابة القضاء " (فتوى رقم ٣٧٣ ملف رقم ٢٥٢/١/٥٤ جلسة ٢٠ مارس ١٩٨٥).

ويتضح من ذلك أن لجنة البت تستطيع أن تستبعد عطاء معيناً بعد فتح المظاريف نظراً لعدم توافر حسن السمعة أو المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية وذلك أمر مستقر منذ القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ أو القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وأخيرا القانون الحالى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

ولا شك أن هذا المذهب يؤدى إلى احتمال إساءة استعمال الإدارة – ممثلة فى لجنة البت – لسلطتها فى استبعاد بعض العطاءات بعد فتح المظاريف وكشف سريتها لصالح عطاءات أخرى بدعوى عدم توافر المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية . أو تخلف شرط حسن السمعة لا سيما وأن الإدارة لا تلتزم فى كل حال بتسبيب قرار الاستبعاد .

ونرى وجوب التفرقة بين فرضين : –

الأول : الاستبعاد لعدم توافر المقدرة المالية أو الكفاءة الفنية أو حسن السمعة فيجب أن يتم قبل فتح المظاريف فتقدير كل هذه العوامل يتصل بظروف سابقة أو غير مرتبطة بالعطاء المقدم .

الثانى : الاستبعاد لعدم توافر الشروط المعلنة فى المناقصة التى قدم فيها العطاء وهنا يكون الاستبعاد بعد فتح المظاريف فهو الوقت الملائم للنظر فى مدى ملاءمة العطاء لشروط المناقصة .

٣ - الرقابة القضائية على قرارات الاستبعاد :

يستقر القضاء فى فرنسا ومصر على أن الإدارة وهى تمارس سلطتها فى استبعاد العطاءات لأحد الأسباب المتقدمة إنما هو تطبيق لسلطتها التقديرية (١) . وعلى ذلك فإن الإدارة لا تلتزم بتسبيب قرارات الاستبعاد إلا إذا ألزمها القانون بذلك أو قررت ذلك فى شروطه المناقصة .

وفى حالة تسبيب الإدارة لقرارات الاستبعاد فإن القضاء يراقب هذه الأسباب من حيث وجودها سواء كان السبب قانونياً أو واقعياً .

وفى غير هذه الحالات فإن قرارات الاستبعاد تصدر عن الإدارة بمقتضى سلطتها التقديرية كإجراء وقائى يضمن سلامة تنفيذ العملية موضوع المناقصة . وهى لا تخضع حين ممارسة هذه السلطة لرقابة القضاء الإدارى إلا فى حال إساءة استعمال السلطة .

وفى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى فى حكمها بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ إلى أن الإدارة تستطيع " .. أن تستبعد كل من يفتقر إلى شرط أو أكثر من الشروط التى تتطلبها المناقصات والمزايدات أو دفاتر الشروط العامة أو الخاصة .. وقرارها فى ذلك يصدر بناء على سلطتها التقديرية . ولا يخضع للتعقيب القضائى إلا إذا شابه عيب إساءة استعمال السلطة (٢) .

---

(١) **C. E . 21 Juillet 1932 – Eloy – R ec . p . 761 .**
C.E E . 27Mai 1930 – Hughues – R ec . p . 576
C. E . 21 JJuin 1928– Delattre – R ec . p . 1583

(٢) **محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٧ مارس ١٩٦٨ المجموعة فى ثلاث سنوات ص ٢٧٣ رقم ١٦٢ .**

الفرع الثانى

الاثر القانونى المترتب على تصدير العطاء

« التزام مقدم العطاء بإيجابه »

يترتب على تصدير العطاء إلى جهة الإدارة أثر هام يتمثل فى التزام مصدر العطاء بعطائه المدة المحددة فى الإعلان عن المناقصة . ولا يعنى هذا أن ثمة رابطة عقدية نشأت بين الإدارة ومقدم العطاء ، فذاك لا يتم إلا بقبول الإدارة لهذا العطاء وهو أمر يأتى فى مرحلة لاحقة لإرساء المناقصة على عطاء بعينه .

ذلك أن العطاء المقدم من المقاول أو المتعهد لا يخرج عن كونه إيجاباً يتقدم به لجهة الإدارة المتناقصة ، الذى ينبغى أن يتوافق مع قبول الإدارة والذى يتم بصدور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد إرساء المناقصة([1]) .

واختلف الفقه الفرنسى فى تأسيس هذا المبدأ فذهب البعض إلى تأسيسه على التزام تعاقدى تمهيدى سابق على إرساء المناقصة وإبرام العقد الأصلى . وذهب أخرون إلى تأسيسه على الإرداة المنفردة لمصدر العطاء([2]) . على أن الأمر فى مصر لم يكن مصدراً لخلاف فى الرأى حول تأسيس هذا المبدأ وذلك للنص عليه فى القوانين المنظمة للمناقصات العامة فى مصر .

وإذا كان هذا المبدأ سائداً فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، فلن قانون اليونسترال لم يأخذ به بل إنه نص على حرية مقدم العطاء فى سحب عطائه دون التزامه بالإبقاء على هذا العطاء وعلى ذلك تنص المادة ٢٩-٣ « يجوز للمورد أو المقاول أن يعدل عطاءه أو يسحبه قبل الموعد النهائى لتقديم

---

(١) Communes Jeze : Le Contrate Administratife, de l'Etat des departement des et des etablissement publices. P. 18

(٢) De laubadere : op. Cit. P 615

العطاءات دون أن يسقط حقه فى استرداد ضمان عطائه . ويكون التعديل أو الإخطار بالسحب سارى المفعول إذا تسلمته الجهة المشترية قبل الموعد النهائى لتقديم العطاءات » .

والتزام مقدم العطاء بعطائه يثير من ناحية أولى تحديد أساسه القانونى ومن ناحية ثانية مدة هذا الالتزام ومن ناحية ثالثة آثار هذا الالتزام وذلك على الوجه التالى :

أولا : أساس التزام مقدم العطاء بعطائه :

اختلف الفقه الفرنسى فى تأسيس مبدأ التزام مقدم العطاء بعطائه منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة وحتى البت فى المناقصة فى الموعد المعلن لذلك فى كراسة الشروط . فذهب رأى أول : إلى تأسيس هذا الالتزام التعاقدى . وذهب آخرون على تأسيسه على الارادة المنفردة .

١- فى الفقه الفرنسى :

الرأى الأول : ذهب الفقيه **Hauriou** وهو بصدد التعليق على حكم لمجلس الدولة بتاريخ ١٩ مايو ١٩٢٢ . إلى أن العرض الذى يتقدم به مقدم العطاء يعتبر قبولاً ينعقد به عقد أولى غير ذلك الذى يتم بعد إرساء المناقصة . ومن ثم تعتبر شروط المناقصة إيجاباً لهذا العقد الأولى . وهذا العقد الأولى المنفصل عن العقد الأساسى يعد مصدر الالزام وأساسه بالنسبة لالتزام مقدم العطاء بعطائه لحين البت فى المناقصة فى الوقت المعلن لذلك(١) .

ولا شك أن منطق هذا الرأى يصطدم بحقيقة ثابتة فى الفقهين الفرنسى والمصرى والتى تعتبر الإعلان عن المناقصة بمثابة دعوة إلى التعاقد فى حين أن العطاء الذى يتقدم به صاحبه لا يخرج عن كونه إيجاباً ينتظر قبول الإدارة

---

(١) C.E. 19 Mai 1922 , Legeal , S. 1924 – 3 – 1 – note Houriou .

له حتى يتم انعقاد العقد وهو ما لا يتم إلا بقرار واعتماد نتيجة المناقصة بالترسية على عطاء بعينه .

ثم أن هذا الرأى لا يفيد فى تفسير التزام مقدم العطاء فى حالة تجزئة المناقصة بين أكثر من عطاء(١) .

كما أن هذا الرأى لا يفسر من ناحية أخرى ما هو مقرر لمقدم العطاء من حق فى سحب عطائه فى حالات محددة دون مسئولية عقدية أو غير عقدية تنتج عن ذلك .

الرأى الثانى : وهو رأى جمهور الفقه فى فرنسا ويرى أن أساس هذا **الالتزام هو الإرادة المنفردة لمصدر العطاء ، فهذه الإرادة هى مصدر التزامه بالإبقاء على عطائه المقدم إلى جهة الإدارة مدة معينة إلى أن يتم** إرساء المناقصة وإبرام العقد(٢) .

٢- فى الفقه المصرى :

لم يكن الأمر يثير خلافاً فى الفقه فى مصر(٣) . فقد استقر الفقه والقضاء على تأسيس هذا الالتزام على الإرادة المنفردة . وهو ما يؤكده قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٨٩ حيث تنص لائحته التنفيذية فى المادة ٥٩ على أن :-

---

(١) Jeze : op. Cit. P. 120 et s.

(٢) Fequignot (G) : op. Cit. P. 225. Jeze, op. Cit. P. 122.
De laubadere : op. Cit. P. 615 et Bonnaed : op. Cit. P. 615.

(٣) سليمان الطماوى - المرجع السابق ص ٢٨٢ - أحمد عثمان عياد المرجع السابق ص ١٣٧ ؛ عبدالفتاح ابوالليل - أساليب التعاقد الإدارى - ١٩٩٤ ص ٢٤٢.

« يبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية حتى نهاية مدة سريان العطاء المحددة باستمارة العطاء المرافقة للشروط » .

وقد قضت محكمة القضاء الإدارى فى حكم لها بأن « القاعدة هى أن مقدم العطاء يلزم بعطائه من وقت تصديره إلى نهاية المدة المحددة فى شروط العطاء وهذه القاعدة تطبيق للقاعدة العامة فى مجال القانون الخاص (المادة ٩٣ من القانون المدنى) والتى لم ير المشرع موجباً للخروج عليها فى مجال عقود الإدارة »(١) .

وعلى ذلك أيضاً تسير المحكمة الإدارية العليا ففى حكم لها بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٦ قضت بأنه « منذ أن يصدر مقدم العطاء عطاؤه يظل ملتزماً به ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كلية أو أن يخفض ما ورد به من أسعار على أن يتم ذلك فى الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ومن ثم فانه لايكون له أن يعدل عطاءه بما يزيد من الأسعار التى تقدم بها ولو كان ذلك قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف ..» (٢) .

ثانيا ٠٠ مدة الالتزام :

---

(١) محكمة القضاء الإدارى الدعوى رقم ٩٦٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٧٩/٦/١٧ .
وتنص المادة ٩٣ على ما يلى : (١) إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .
(٢) ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل أن الموجب قد عدل من إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد » .

(٢) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ١٢٥٥ السنة ٢٥ ق جلسة بتاريخ ١٩٨٢/٦/٢٦ المجموعة السنة ٢٧ ص ٧٢١ .

يقتضى المنطق القانونى ألا يظل مقدم الإيجاب ملتزماً بإيجابه إلى ما لا نهاية . فيجب أن يتحدد هذا الالتزام بمدة محددة . وهو ما يأخذ به القانون فى مصر وفرنسا ، حيث أن التزام مقدم العطاء بعطائه إنما يتحدد بالمدة منذ تصديره إلى جهة الإدارة وحتى اليوم المحدد لفتح المظاريف وإرساء المناقصة ولا يعتد بالوقت الذى تم فيه اتصال علم الإدارة بالعطاء وإنما يتحدد ذلك الالتزام منذ لحظة تصديره إلى جهة الإدارة بصرف النظر عن وقت علمها بهذا العطاء . على أنه فى كل الأحوال يجب أن يصل العطاء إلى جهة الإدارة قبل الساعة الثانية عشرة من اليوم المحدد لفتح المظاريف فإذا انقضى هذا الميعاد قبل وصول العطاء فان وصول العطاء بعد ذلك لا يعتد به ولا ينتج أثره . ولا تستطيع جهة الإدارة إلزام صاحبه به طالما أنها أنهت إجراءات فتح المظاريف وإرساء المناقصة وقد قضت المحكمة الادارية العليا « .. ومن حيث أنه من المقرر أن يظل الموجب مرتبطا بايجابه خلال الميعاد المحدد للقبول فلا يصبح الإيجاب ملزما بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ويسقط سقوطا تاماً وهذا هو التفسير السليم للنصوص المتقدمة ولنية الموجب فهو يقصد أن يبقى ايجابه قائما خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد وهذا ما يتفق بوجه عام مع اصول الالتزامات بحيث لا يبقى الايجاب مفتوحاً ومعلقاً طالما حدد بشروط وبمدة معينة » (1) .

على أنه فى أحوال كثيرة قد تنتهى مدة سريان العطاء دون البت فى أمر المناقصة ، فما تأثير ذلك على التزام صاحب العطاء بعطائه ؟ . لمواجهة هذا الفرض . تنص المادة ٥٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى فى فقرتها الثانية على أنه « عند انقضاء مدة سريان العطاء يجوز لمقدمه استرداد التأمين المؤقت وفى هذه الحالة يصبح العطاء

---

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٩٣/٤/١٣ الموسوعة جـ ٣٥ ص ٢٨٩ .

ملغياً وغير نافذ المفعول فإذا لم يطلب ذلك اعتبر مقدم العطاء قابلاً استمرار الارتباط بعطائه إلى أن يصل لجهة الإدارة إخطار منه بسحب التأمين المؤقت وعدوله عن عطائه .. » .

وعلى ذلك فانه بفوات المدة المحددة لسريان العطاء ، فان مقدم العطاء يتحلل من التزامه بعطائه ويستطيع أن يتراجع عنه . ومن ثم لا يجوز لجهة الإدارة أن تقرر بإرادتها المنفردة سريان العطاء لمدة أخرى . وعلى ذلك فانه بمجرد حلول الموعد لإرساء المناقصة دون إنهاء إجراءاتها فاننا نكون أمام فرضين :

الأول : أن يبادر مقدم العطاء بطلب إلى جهة الإدارة لسحب التأمين الابتدائى ومن ثم يترتب على ذلك إلغاء عطائه واعتباره غير نافذ المفعول .

الثانى : قبول مقدم العطاء مد فترة سريان عطائه مدة أخرى . وفى هذا الفرض يصح أن يكون هذا القبول صريحا أو ضمنيا . كأن تطلب منه الإدارة ذلك ويوافق على ذلك صراحة . أو يكون قبولاً ضمنياً يتمثل فى عدم طلبه لسحب التأمين الابتدائى . على أنه يجدر فى نظرنا المغايرة بين الحكم فى الفرضين . فإذا قبل مد مدة سريان العطاء لمدة أخرى محددة بتاريخ معين فانه لا يجوز له سحب عطائه قبل حلول هذا الأجل ومن ثم يترتب على ذلك التزامه بعطائه حتى نهاية المدة الجديدة .

أما إذا كان القبول ضمنياً فانه ينتهى حين يتقدم بطلب لسحب التأمين وهو أمر يجوز فى أى وقت .

ولا تخرج هذه الأحكام عن كونها تطبيق للقواعد العامة ولذلك فإن عدم نص القانون الجديد عليها صراحة لا يعنى اغفال أحكامها .

ثالثا : الآثار التى تترتب على التزام مقدم العطاء بعطائه :

القاعدة فى فرنسا أن لا يجوز لمقدم العطاء أن يعدل فى عطائه أو يلغيه خلال المدة التى يجب عليه الالتزام به فيها . وهذه القاعدة ليس عليها أى

استثناء فيفرنسا . على أنه يجوز أن ينص على خلاف ذلك في شروط المناقصة فهي قاعدة لا تتصل بالنظام العام (١) .

أما الأمر في القانون المصري فهو على خلاف ذلك : فإنه وإن كانت القاعدة العامة هي التزام مقدم العطاء بعطائه المدة المحددة في وثائق المناقصة أو في القانون إلا أنه يجوز له أن يسحب عطائه أو يعدله بشروط معينة .

ففي الحالة الأولى يجوز له سحب عطائه خلال هذه المدة . على أن القانون المصري يرتب على ذلك خسارته للتأمين الابتدائي الذي قدمه مع العطاء ولكي يرتب سحب العطاء أثره يجب أن يتصل بعلم الإدارة قبل الجلسة المحددة لفتح المظاريف فوروده في هذا الميعاد أو بعده لا يرتب ذات الأثر .

ومصادرة التأمين يعد صورة من صور التعويض الذي حدده القانون جزاء على إخلال مقدم العطاء بالتزامه المتمثل في ضرورة الإبقاء على عطائه المدة المحددة . وهو ما جرت عليه أحكام القضاء .

أما في الحالة الثانية : فهي حق مقدم العطاء في تعديل عطائه . على أن هذا التعديل يتقيد بما يلي :

١- أن يكون التعديل بخفض أسعار العطاء إن تعلق الأمر بمناقصة أو زيادتها إن تعلق الأمر بمزايدة .

ومن ثم فان التعديل موضوعياً لا يكون إلا بخصوص أسعار العطاء ولا يتجاوزها إلى شروط المناقصة أو مواصفاتها الفنية .

٢- أن يتصل علم الإدارة بالتعديل بكتاب على أن يصل إليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف فان وصل بعد ذلك فلا أثر له ويلتفت عنه .

---

(١) De Laubadere : op. Cit. P. 615

الفصل الثانى

إسناد التعاقد عن طريق المناقصة

تستهدف المناقصة العامة أساساً إسناد التعاقد على العطاء الذى تقدم بأقل سعر وأفضل الشروط . وهذا المبدأ هو ما يعرف بآلية المناقصة العامة ومن ثم فان القانون ينظم إجراءات الإسناد تنظيما دقيقاً يضمن من خلاله تحقق هذا المبدأ التقليدى فى الإسناد .

وإذا كان المبدأ التقليدى فى الإسناد والذى يقتضى دائما – إسناد التعاقد على العطاء الذى يتقدم بأقل سعر – يستهدف فى المقام الأول تحقيق مصلحة الإدارة المالية ، إلا أنه ثبت فى أحيان كثيرة أن أهمال الجوانب الفنية فى الإسناد عن طريق المناقصة يؤدى إلى أضرار بالغة بمصلحة الإدارة نفسها ، وذلك نظراً للتطور التكنولوجى والفنى لمواصفات السلع والخدمات موضوع التعاقد ، وهو ما أدى إلى ضرورة تطوير المبدأ التقليدى فى الإسناد ، وذلك بإدخال عناصر فنية فى تقييم أولوية عطاء عن غيره ولقد استجاب المشرع المصرى لهذه الإعتبارات فأدخل تطويراً مهماً بمقتضى القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث نص فى المادة العاشرة منه على أن « تقدم العطاءات فى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا ، وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية » وهو ما سبق أن طالبنا به فى الطبعة الأولى من هذا المؤلف . وهو ما سوف نوضحه بالتفصيل فيما بعد .

وترتيبا على ذلك سوف نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على الوجـه التالى :

المبحث الأول : المبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل

المبحث الثانى : كيفية الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

المبحث الثالث : التطور الحديث للمبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

وذلك على التفصيل التالى .

المبحث الأول

المبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل

يقتضى المنطق التقليدى للمناقصة العامة إسناد التعاقد على العطاء الذى يتقدم بأقل سعر . على أن تحديد أقل سعر فى العطاء أمر لا يكون سهلا فى أغلب الحالات كما يتبادر إلى الذهن . كما أن القانون سواء فى مصر أم فى فرنسا أم فـــى قــانون اليونسترال قد تطلب مجموعة من الضمانات التى تكفل شــــفافية هــذه الإجــراءات وعدالتها بما يكفل تحقيق مبدأ المنافسة بين مقدمى العطاءات (١) .

وترتيبا على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول فى الأول منــهما : مفهوم الإسناد بمقتضى السعر الأقل والتطوير الذى أحدثه القــانون رقــم ٨٩ لســنة ١٩٩٨ ، وفى المطلب الثانى نتحدث عن ضمانات الاسناد بمقتضى السعر الأقل وذلك على الوجه التالى :

---

(١) De Laubadere : op. Cit. Pp. 621 et s.
Quancard : Op. Cit. P. 146 .

المطلب الأول

مفهوم الإسناد بمقتضى السعر الأقل

والتطوير الذى أحدثه القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

استحدث القانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ نظامـــا جديدا للإسناد يأخذ فى اعتباره الاعتبارات الفنية بجانب السعر الأقل . وســوف نبحث فى فرع أول التطور الذى أحدثه القانون الجديد فى عملية الإسناد وفـــى فرع ثان نبين مفهوم الإسناد بمقتضى السعر الأقل وفى فرع ثالث نتناول حدود الإسناد بمقتضى السعر الأقل أى تحديد الإستثناءات التى خرج بها القانون على المبدأ التقليدى فى الإسناد . وذلك على الوجه التالى :

الفرع الأول

التطور فى عملية الإسناد مرفقا للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨:

تستهدف المناقصة العامة أساسا إسناد التعاقد على العطاء الـــذى تقـــدم بأقل سعر وأفضل شروط . وهذا المبدأ هو ما يعرف بآلية المناقصة العامة ومن ثم فإن القانون ينظم إجراءات الإسناد تنظيما دقيقا يضمن من خلاله تحقق هـــذا المبدأ التقليدى فى الإسناد .

وقد كان قانون المناقصات الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يأخذ بمبدأ آليـــة المناقصة .

ولا شك أن مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل يتسق ومذهب الاقتصاد الحر الذى كان سائدا فى بدايات هذا القرن ، كما أنه كان يحقق فائدة محققة للإدارة من الناحية المالية حيث أنه يقتضى تنزيل العطاء على أقل الأسعار واستبعاد أعلاها(١) .

وكان هذا المبدأ هو الذى يحكم إجراءات المناقصة فى فرنسا حتى منتصف القرن العشرين والذى شهد تطورا فى إجراءات المناقصة وهذا التطور اقتضته العيوب التى كانت دائما توجه لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل السائد عند إجراءات المناقصة . ولعل أهم هذه العيوب ما يلى :-

١- الإسناد بمقتضى السعر الأقل يؤدى إلى الاهتمام بمصلحة الإدارة المالية ولكنه يهدر مصلحتها الفنية . وهو أمر قد يعود بأعظم الضرر على مصلحة المرفق فى مجموعه . فالعطاء ذو السعر الأرخص ليس هو الأجود فى كل حال . وذلك فى الحقيقة يؤدى إلى نتيجة قد ترتب أضرارا كثيرة هو تعاقد الإدارة مع متعاقدين ليسوا على المستوى الفنى المطلوب مما يؤدى إلى تنفيذ العمل بصورة سيئة أو عدم تنفيذه أصلا مما يترتب عليه أضرارا مالية كثيرة فى المدى البعيد(٢) .

٢- أن التقدم العلمى سواء فى مجال الصناعة أو وسائل الإنتاج أدى إلى أهمية العوامل الفنية فى التعاقد بحيث يصبح الخطأ فيها مكلفا إلى أقصى حد .

٣- الإسناد بمقتضى السعر الأقل لا يرتكن فى إسناد المناقصة إلا على فكرة السعر والسعر فى كل الأحوال هو أحد العناصر المكونة لعملية المناقصة والاعتداد به يهدر العناصر الأخرى التى يمكن فى كل حال أن تقل عنه

---

(١) Flamm (Maurice – Andre) : Traite Theorique et pratiquue des Marches puublices,p. 181 .

(٢) فؤاد العطار – وسائل تعاقد الإدارة – نظرية المناقصة والممارسة – مجلة مجلس الدولة – س ق يناير ١٩٥٤ ص ٢٥٨ .

أهمية . ولعل أهم هذه العناصر هى الخبرة والكفاءة ومدى تطور وسـائله التكنولوجية ومركزه المالى وسوابق أعماله(١) .

٤- ثبت أنه فى أحوال غير قليلة يتعذر فيها اللجوء إلى فكرة الإسـناد عـن طريق السعر الأقل ومنها مسالة تقديم الاستشارات الفنية وأيضا فى حالـة الشركات التى تحتكر النشاط أو يكون عدد المتخصصين فى تقديـم هـذا النشاط محدودا .

لكل هذه الاعتبارات حدث تطور ملموس فى آلية المناقصة العامة . فلم يعد الأمر يقتصر على فكرة الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

على أنه مع تسليمنا بالتطور الذى حدث فى مسألة آلية المناقصة وعـدم الاعتماد كليا على المبدأ التقليدى فى الإسناد المشار إليه إلا أن هذا المبدأ ظـل ساريا فى ظل القانون الملغى وإن كانت الانتقادات السابق الإشارة إليـها قـد أصابت فيه بعض التطور فلم يعد الأمر يقتصر على تفضيل العطاء الأقل سعرا ولكن أيضا الأفضل شروطا والأجود فنيا .

على أن القانون الجديد للمناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ عـدل نهائيا عن هذا المبدأ واستحدث أسلوبا جديدا لإرساء المناقصة وهو ضرورة أن يتقدم كل متناقص بمظروفين أحدهما يحمل عرضا فنيـا والثـانى يخصـص للعرض المالى فقد نص فى المادة العاشرة منه على أن « تقدم العطاءات فـى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخر للعرض المالى ، ويقتصر فتـح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا ، وذلك كله وفقا للقواعـد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية .. وذلك على التفصيل الـذى سـوف نراه فيما بعد .

---

(١) Flamm (M.A) : op. Cit. P. 182 .

وهو الأمر الذى سبق لنا المطالبة به حيث اقترحنا الأخذ بنظام المناقصة على أساس تقديم عرض فنى وعرض مالى تطويرا لآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل والتى كانت سائدة فى ظل القانون الملغى حيث ذهبنا إلى أن[١] « تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب فى المناقصات التى تتعلق بموضوعات ذات مواصفات فنية بالغة التعقيد . ففى هذا النطاق تعتبر الترسية بمقتضى السعر الأقل أمرا سيئا شديد الخطورة . ومثال ذلك المناقصات التى تتعلق بأعمال الاستشارات الفنية أو التجهيزات الفنية أو التكنولوجية للمرافق العامة كالمستشفيات والمصانع وغيرها.

وفى مثل هذه المناقصات لا يصح الاستناد إلى السعر الأقل وذلك لأن العنصر الفنى فى هذه المناقصات لا يقل عن العنصر المالى بل أنه يعد أكثر أهمية . فالاعتماد على العنصر السعرى فقط فى مثل هذه الأحوال يؤدى إلى انخفاض مستوى جودة الخدمات المقدمة حيث الفوز بالعقود للأقل سعرا وبالتالى الأقل جهدا والأقل كفاءة ، مما نتج عنه العديد من المشروعات منخفضة الكفاءة والباهظة التكلفة ، مما يبدد استثماراتنا القومية والموارد المالية المحدودة ويعرقل جهود التنمية » .

والمناقصة على أساس تقديم عرض فنى وآخر مالى ، تخضع لذات الإجراءات والقواعد التى تخضع لها المناقصات العامة والتى سبق بيانها إلا ما تعلق منها بآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل . وذلك لأن الإسناد هنا لا يعتد بالعنصر المالى فقط وإنما يعتد أساسا بالعنصر الفنى وبعد ذلك يأتى العنصر المالى . بل أن العنصر الفنى فى إطار هذه الصورة يكون له الأولوية فى الترسية على عطاء بعينه .

---

(١) الطبعة الأولى من هذا المؤلف – ص ١٦٨ وما بعدها .

وتجرى إجراءات هذه المناقصة على أساس أن يتقدم كل متناقص بمظروف فني وآخر مالى . يحدد فى الأول المواصفات الفنية لموضوع المناقصة وشروطه المقترحة للتعاقد مع جهة الإدارة . وفى الثانى يحدد السعر وهذه الصورة تتطلب أن تحدد الإدارة فى شروط المناقصة « كراسة الشروط » خطوطا عامة يتم التعاقد على أساسها مع إعطاء مقدم العطاء حرية تقديم عطائه في إطار هذه الشروط بالكيفية التي يراها والتى تتناسب مع كفاءته وإمكاناته الفنية .

وتقوم لجنة فتح المظاريف بتفريغ محتوى المظاريف التي تتضمن عروضا فنية فى مرحلة أولى ، وفى مرحلة ثانية تتولى لجنة البت ترتيب هذه العروض فنيا ، وفى مرحلة ثالثة يتم فتح المظاريف التى تحتوى على العروض المالية . ويتم الإسناد بعد عمل الترتيب النهائى الذى يأخذ فى اعتباره العامل الفنى والعامل المالى . فليس هناك ثمة إلزام بالترسية على العطاء الأقل سعرا وذلك نظرا لكون هذا العطاء أقل من العطاءات الأخرى فى القيمة الفنية . وإنما تكون الترسية على العطاء الأقل سعرا فى حالة تساوى العروض من الناحية الفنية .

على أنه مما يؤخذ على القانون المصرى فى ذلك أنه عمم هذه الطريقة فى الإسناد سواء فى المناقصة العامة أم فى الممارسة العامة . وهو أمر لا يتفق فى بعض الأحيان مع بعض المناقصات والممارسات التى تتوحد فيها المواصفات الفنية ولا تتعقد بها هذه المواصفات . ومن ثم يكون اللجوء إلى المظروف الفنى والمظروف المالى تعقيد وإطالة للإجراءات بلا مبرر . ففى بعض الأحيان خاصة إذا تعلق الأمر بمناقصات توريد سلع معينة محدودة المواصفات يكون اللجوء إلى السعر الأقل هو الأجدى والأنفع لمصلحة الإدارة.

الفرع الثانى

تحديد السعر الأقل

يعتبر السعر هو العنصر الحاسم فى الإسناد بالنسبة لإجراءات المناقصة العامة ، فإذا كانت الإدارة قد أعلنت عن حاجتها للتعاقد بصدد موضوع معين فإنها تحدد شروطها ومواصفاتها الفنية . ولا يبقى لمقدم العطاء من سلطة تقديرية إلا فى تحديد الأسعار التى يحددها فى عطائه ، ومن هنا يبقى من المنطقى أن تنتهى إجراءات المناقصة بالترسية على السعر الأقل .

ومفهوم السعر الأقل يدخل فى تحديده عناصر متعددة . فهو يتحدد من ناحية أولى بالثمن النقدى الذى يحدده مقدم العطاء . ومن ناحية ثانية يتحدد أيضا بمدى قبول جهة الإدارة للشروط المصاحبة للعطاء ، ولا سيما ما يعرف بالتحفظات التى قد تقترن بالعطاء . على أن يبقى للسعر النقدى الاعتبار الأول فى ترسية العطاء .

ولا شك أن مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل يتسق ومذهب الاقتصاد الحر الذى كان سائدا فى بدايات هذا القرن . كما أنه كان يحقق فائدة محققة للإدارة من الناحية المالية حيث أنه يقتضى تنزيل العطاء على أقل الأسعار واستبعاد أعلاها (1) .

وكان هذا المبدأ هو الذى يحكم إجراءات المناقصة فى فرنسا حتى منتصف القرن العشرين والذى شهد تطورا فى إجراءات المناقصة . وهذا التطور اقتضته العيوب التى كانت دائما توجه لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل السائد عند إجراءات المناقصة . والتى سبق بيانها .

---

(1) Flamm (Maûrice-Andre) : Traîte Theorique et pratique des Des Marches Publices, p. 181 .

والتى أدت إلى حدوث تطور ملموس فى آلية المناقصة العامة . فلم يعد الأمر يقتصر فى كل حال على فكرة الإسناد بمقتضى السعر الأقل . ولكن فى أحوال كثيرة تطورت وسائل الإسناد فى المناقصة وهو ما سيكون محلا للبحث فى موضع أخر .

على أنه مع تسليمنا بالتطور الذى حدث فى مسألة آلية المناقصة وعدم الاعتماد كليا على المبدأ التقليدى فى الإسناد المشار إليه إلا أن هذا المبدأ مازال ساريا فى المناقصات العامة كمبدأ عام وإن كانت الانتقادات السابق الإشارة إليها قد أصابت فيه بعض التطور فلم يعد الأمر يقتصر على تفضيل العطاء الأقل سعرا ولكن أيضا الأفضل شروطا والأجود فنيا . وهو الأمر الذى أخذ به القانون المصرى الحالى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ كما سبق وبينا .

على أنه يجدر التساؤل عن جواز الترسية على العطاء الأقل سعرا حتى ولو لم يكن الأجود فنيا .

فى الإجابة عن هذا السؤال ذهبت اللجنة الثانية بقسم الفتوى بمجلس الدولة بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٩١ إلى أنه « يجب الترسية على العطاء الأقل سعرا إذ لم يترك المشرع أى تقدير للجنة البت فى هذا الشان وأنه لا اجتهاد مع صراحة النص وحينما أراد الخروج على هذه القاعدة نص صراحة على قبول العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية . حتى ولو كان أعلى فى السعر من العطاء الأجنبى إذا لم يتجاوز الزيادة فيه ١٥% مما يعد تأييدا أو تأكيدا للالتزام بقاعدة الترسية على العطاء الأقل . والخروج على هذه القاعدة بمقولة أن العطاء الأعلى سعرا يتضمن مزايا تفوق العطاء الأقل مردود بأنه كان يتعين على الجهة الإدارية إذا كانت فى حاجة إلى هذه المزايا أن تضمنها مواصفاتها الفنية وتدرجها بكراسة الشروط والمواصفات المطروحة فضلا عن أن الخروج على تلك القاعدة

ينطوى على إهدار للمصلحة المالية ، ويثير صعوبات عملية عدة فى المفاضلة بين العطاءات (١) .

وفى هذا الاتجاه تسير المحكمة الإدارية العليا حين تقرر وجوب التعاقد مع صاحب العطاء الأقل وأن التعاقد مع غيره ولو كان من شركات القطاع العام مخالف للقانون ، إذ إنه يتعين على لجنة البت إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل طالما أنه لم يستبعد من المناقصة وأنه من المتعين قانونا على جهة الإدارة أن تتعاقد معه باعتباره صاحب أقل العطاءات (٢) .

ويتضح مما يذهب إليه مجلس الدولة المصرى بقسميه سواء القضائى أم الافتائى أنه يطبق المبدأ التقليدى فى الإسناد والذى يتخذ من معيار السعر الأقل أساسا لإسناد المناقصة إلى عطاء بعينه .

على أن هذا لا يعنى أن القانون المصرى لم يشهد تطورا فى هذا الصدد . فقد نظم هذا القانون صورا أخرى من المناقصة انتصر فيها للاعتبارات الفنية بجوار الاعتبارات المالية . ومن ذلك المناقصة المقيدة ، والمناقصة على أساس الموازنة بين السعر والعينة وغير ذلك . وهو ما سوف نتطرق إليه عند حديثنا عن التطور الحديث على المبدأ التقليدى فى الإسناد .

– ولكن هل يجوز تجزئة الإسناد فى المناقصة ؟ أو بمعنى أخر هل يجوز إرساء المناقصة الواحدة على أكثر من عطاء ؟

---

(١) ملف رقم ٧١/٥/٢ جلسة ٢٥ مارس ١٩٩١ . أحمد منصور – المرجع السابق – ص ٣٤٦.

(٢) الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ١٤ جلسة ١٩٧٣/١/٢٧ سابق الإشارة إليه .

تقضى المادة ٦٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقـم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨ بذلك فى حالتين بشروط حددتها ([1]) .

الحالة الأولى : أن تتساوى الاثمان المقدمة من عطائين أو أكثر ، دون وجود أساس قانونى للتفضيل بين العطاءات متساوية الثمن . ويجب أن تكـون هذه العطاءات من الناحية الفنية متساوية أيضا .

الحالة الثانية : إذا كان العطاء الأقل سعرا يشترط مددا بعيدة للتوريـد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية يمكن للإدارة أن تتعاقد مـع صـاحب العطاء التالى له على أقل كمية تلزم لتموين الإدارة فى الفـترة الواقعـة بيـن تاريخى التوريد ومع صاحب العطاء الأقل عن باقى الكميات.

ويشترط لتجزئة الترسية فى المناقصة فى هذه الحالة أو تلك مراعـاة صالح العمل أو المصلحة العامة . فإذا كانت هذه التجزئة تؤثر بالسـلب علـى هذه المصلحة فانها تعتبر غير جائزة . وتنص المادة ٢٢-٤-أ من قـانون اليونسترال على أن تقيم الجهة المشترية العطاءات التى قبلت وتقـارن بينـها بغية التحقيق من العطاء الفائز . وذلك وفقا للاجراءات والمعايير التـى تنـص عليها وثائق التماس العطاءات ولا يستخدم أى معيار لم يبين فى وثائق التمـاس العطاء .

---

(١) تنص المادة ٦٦ من اللائحة التنفيذية المشار إليها على مـا يلـى : « إذا تسـاوت الاثمان بين عطاءين أو أكثر جازت تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها إذا كـان ذلك فى صالح العمل ويجوز ذلك أيضا إذا كان مقدم العطاء الأقل سعرا يشترط مـددا بعيدة للتوريد لا تتناسب وحالة العمل بالجهة الإدارية وذلك بالتعاقد مع صاحب أنسـب العطاءات التالية على أقل كمية تلزم لتموين المخازن فى الفترة الواقعة بين تـاريخى التوريد ومع صاحب العطاء الأقل عن باقى الكميات وعلى لجنة البت فى هذه الحالـة أن تثبت فى تقريرها الباقى من الصنف بالمخزن ومتوسط الاستهلاك » .

ووفقا لهذا النص يمكن الأخذ بالمبدأ التقليدى فى الترسية فى إجــراءات المناقصة وذلك إذا تم النص عليه كمعيار للتفضيل بين العطاءات فـــى كراســة الشروط المعلنة ويؤكد ذلك الفقرة (ب) من ذات المادة حينما نصت علـــى أن « يكون العطاء الفائز إما :

١- العطاء الذى يعرض السعر الأول ، مع مراعاة أى هامش تفضيلى يطبق عملا بالفقرة (د) .

٢- إذا كانت الجهة المشترية قد نصت على ذلك فى وثـــائق التمـــاس العطاءات ، العطاء المقيم على أنه أدنى استنادا إلى معايير نصت عليها وثـــائق التماس العطاءات وهى معايير يجب أن تكون إلى أقصى حد موضوعية وقابلـة للتقدير الكمى وأن تعطى وزنا نسبيا فى إجراءات التقييم أو يعبر عنها بمبـــالغ نقدية حيثما أمكن ذلك » .

وإقرار قانون اليونسترال للمبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضـــى الســـعر الأقل أمر منطقى لأنه فى كثير من الحالات يكون السعر هو أساس التفضيـــل ولا سيما وإن كانت المواصفات الفنية فى السلعة متشابهة.

الفرع الثالث

الاستثناءات على المبدأ التقليدى فى الإسناد

نص القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية على استثناء بعض العطاءات من تطبيق المبدأ التقليدى فى الإسناد وهو الإرساء بمقتضى السعر الأقل . وهذه الاستثناءات هى :

أولا : العطاءات المقدمة من انتاج محلى عند مقارنتها بالعطاءات الأجنبية م ١٨.

ثانيا : العطاءات المقترنة بتسهيلات إئتمانية م ٦٣ .

أولا : العطاءات المقدمة من انتاج محلى عند مقارنتها بالعطاءات الأجنبية:

فالمادة ١٦ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على أنه « يجب استبعادالعطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية ويجب أن يشتمل قرار استبعاد العطاءات وإرساء المناقصة على الأسباب التى بنى عليها ويعتبر العطاء المقدم عن توريدات من الانتاج المحلى أو من أعمال أو خدمات تقوم بها جهات مصرية أقل سعرا إذا لم تتجاوز الزيادة فيها ١٥% من قيمة أقل عطاء أجنبى .

وهذا الاستثناء كما يتضح من منطوقه مقرر لحماية الإنتاج المحلى فى مواجهة الإنتاج الأجنبى وذلك تشجيعا له وأخذا بيده ، على أنه يجب من ناحية أولى ألا تتجاوز نسبة فرق السعر بين العطاء المحلى والعطاء الأجنبى ١٥% من قيمة السعر الأدنى والمفترض فى هذه الحالة أن يكون العطاء الأجنبى .

ويشترط أن يكون موضوع العطاء توريدات من انتاج محلى ومن ثم لا عبرة بجنسية مقدم العطاء فالعبرة بجنسية الإنتاج المقدم فى المناقصة . ومن ثم تتوافر هذه الحالة إذا تقدمت شركة أجنبية بتوريد إنتاج محلى « مصرى » .

وهذا الاستثناء يقره قانون اليونسترال حيث أنه نص فى المادة ٢٢-٤-د على أنه « يجوز للجهة المشترية لدى تقييم العطاءات والمقارنة بينها أن تمنح هامش تفضيل للعطاءات التى تتعلق بسلع تنتج محليا ، ويحسب هامش التفضيل وفقا للوائح الاشتراء ، ويرصد فى السجل الخاص بإجراءات الاشتراء » .

ثانيا : العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية :

فالمادة ٦٥ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على أنه « تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية محل اعتبار عند البت فى أولوية العطاءات » وقد تشمل هذه التسهيلات بتقسيط الثمن أو تخفيض الفائدة أو تقديم قرض بقيمة الثمن بفائدة ميسرة أو تقديم فترة سماح قبل بدء سداد الثمن . فكل هذه التسهيلات الائتمانية هى فى حقيقتها ذات قيمة مالية تدخل فى ترتيب العطاء وتحديد أولويته .

المطلب الثانى

ضمانات الإسناد بمقتضى السعر الأقل

تقوم المناقصة العامة أساسا على مبدأ حرية المنافسة – كما سبق أن أوضحنا – وإذا كان هذا المبدأ واجب الاحترام فى بدايات إجراءات المناقصة فإنه لازم أيضا فى نهايتها . فترسية المناقصة تمثل آخر حلقة من الحلقات الممتدة لعملية المناقصة وهى عملية فى غاية الأهمية والدقة مما يتطلب بطبيعة الحال أن تحاط بضوابط قانونية معينة يكفل تمامها ضرورة تفضيل عطاء على أخر أو استبعاد عطاء لصالح عطاء أخر .

وإذا كان القانون فى أحيان كثيرة يتخذ من السعر الأقل أساسا لإرساء المناقصة . فان تحديد السعر الأقل فى كثير من الأحيان أمر شاق لا سيما وإن اقترن بهذا السعر مجموعة من الشروط أو التحفظات التى يمكن لها أن تكون ذا تأثير جوهرى على ترتيب العطاء .

وضمانات الإسناد فى المناقصة العامة(١) ، تتعلق من ناحية أولى بتشكيل اللجان التى تقوم بترسية المناقصة وضرورة أن يكفل هذا التشكيل حيدة هذه اللجان ونزاهتها ومن ناحية ثانية ضمانات تتصل بطريقة عمل هذه اللجان . وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين : نتناول فى الأول : منهما تشكيل لجان ترسية المناقصة سواء تعلقت هذه اللجان بمجرد فتح المظاريف أو بالبت فيها . أما الثانى : فنتناول فيه الضمانات التى تتصل بطرق عمل هذه اللجان . وذلك على الوجه التالى :

---

(١) Quancand (M) : op. Cit. 162

الفرع الأول

تشكيل لجان البت

يمثل تشكيل لجان البت فى المناقصة العامة ضمانة جوهرية لنزاهة إجراءات المناقصة العامة . ولذلك يعمد القانون إلى النص على تشكيل لجان البت وتحديد اختصاصاتها وتحديد كيفية ممارسة هذه الاختصاصات .

وتشكيل لجان البت سواء فى مصر أم فى فرنسا من النظام العام. فلا يجوز استبعاد احكام القانون بصددها وذلك لما تمثله من ضمانة أساسية لنزاهة إجراءات المناقصة وسوف نتناول أولا : تشكيل لجان البت فى القانون الفرنسى. وثانيا : تشكيل هذه اللجان فى مصر وذلك على الوجه التالى :

أولا .. تشكيل لجان البت فى فرنسا :

ميز القانون الفرنسى بشأن العقود الإدارية بين تشكيل لجان البت فى المناقصات المتعلقة بعقود الدولة وبين المناقصات المحلية(1) .

١- المناقصات المتعلقة بعقود الدولة أو المؤسسات والمرافق القومية :

يكون تشكيل لجان البت فى هذه العقود بقرار من الوزير المختص ، ويوجب القانون نشر هذا القرار فى الجريدة الرسمية . ويجب أن ينضم إلى هذه اللجان عضو عن جمعيات حماية المستهلك والتى تراقب الإجراءات لمنع الاتفاقات غير المشروعة . على ألا يكون لهذا العضو رأى عند التصويت فكل ما يستطيع أن يبديه هو آراء استشارية فقط .

---

(١) De Laubadere : op. Cit. Pp. 624 et s
Quancard (M.) : op. Cit. P. 163

٢- المناقصات المحلية :

وهذه المناقصات قد تتعلق بمقاطعة أو قرية أو مؤسسة أو مرفق محلي ، وحدد قانون العقود الفرنسي طريق تشكيل لجان البت في كل منها .

أ – بالنسبة للمناقصات التي تجريها المقاطعات : فان لجنة البت تشكل برئاسة رئيس المجلس المحلي أو نائبه وعضوية من هذا المجلس يختارهما رئيسه وهذا المجلس يتشكل بالانتخاب ومن ثم فانه يخضع للرقابة الشعبية بطريقة غير مباشرة . وتضم هذه اللجنة في عضويتها أيضا مندوب عن وزارة الخزانة ومندوب عن جمعيات حماية المستهلك .

ب – المناقصات التي تجريها القرى والمدن الصغيرة : وتشكل لجان البت من العمدة رئيسا وعضوية اثنين من أعضاء المجلس البلدي وعضو من جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

ج – المناقصات التي تجريها المرافق المحلية والمؤسسات العامة المحلية : فان لجان البت تتشكل من الممثل القانوني للمؤسسة أو المرفق رئيسا وعضوين من مجلس الإدارة يعينهما رئيس المرفق أو المؤسسة . وعضو عن جمعيات حماية المستهلك ومندوب عن الخزانة العامة .

وتشكيل لجان البت أمر يتعلق بالنظام العام لا يجوز تجاوزه فهذا التجاوز يؤدي إلى بطلان إجراءات المناقصة . فالتشكيل القانوني يؤدي إلى ضمان نزاهة المناقصة وشفافية إجراءاتها .

ولجان البت في القانون الفرنسي يشمل عملها فتح المظاريف وتقرير قبول العطاءات التي تتوافر فيها الشروط المعلنة في المناقصة . كما لها أن تستبعد العطاءات التي لا تتوافر فيها هذه الشروط .

وقرار لجنة البت بالقبول أو الاستبعاد هو قرار إداري يخضع لرقابة القضاء الإداري مع الأخذ في الاعتبار أنه قرار يصدر عنها بمقتضى سلطتها

التقديرية ومن ثم لا تؤاخذ هذه اللجان عن قرارتها إلا إذا كـــان هنـــاك ثمـــة إنحراف فى استعمال السلطة أو حين تسبب قراراتها بأسباب غير صحيحة .

كما يمتد عمل هذه اللجان إلى إعداد قائمة بالعطاءات المقبولة . وتحديد أسس المفاضلة بينها ، وكذلك اتخاذ القرار بإرساء المناقصة أو التصرف فيـــها وفقا لما ينص عليه القانون .

ثانيا .. تشكيل لجان البت فى القانون المصرى :

على خلاف ما ذهب إليه القانون الفرنسى بصدد تشكيل لجـــان واحـــدة تختص بفتح المظاريف والبت فى المناقصة بإرسائها على العطاء الأقل ســـعرا والأنسب شروطا . فان القانون المصرى ذهب إلى ضرورة أن يكون البت فـــى المناقصة عبر لجنتين : اللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف واللجنة الثانيـــــة تختص بالبت فى المناقصة (المادة ١١) .

فاللجنة الأولى تختص بفتح المظاريف واثبات حالتها وبيان مدى اتفاقها أو اختلافها مع شروط المناقصة وتثبت ذلك كتابة فى تقرير ترفعه إلى لجنـــــة البت فى المناقصة (١) .

على أن القانون المصرى قد استثنى المناقصات التى تقل قيمتها عـــن ٥٠٠٠٠ جنيه مصرى فيكون فتح المظاريف والبت فيها من عمل لجنة واحـــدة تختص بهذا وذاك . وعلى ذلك جرى نص المادة ١١ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ « يكون البت فى المناقصات بأنواعها عن طريق لجنتين تقوم إحداهمـــا بفتح المظاريف والأخرى بالبت فى المناقصة . على أنه بالنســـبة للمناقصـــات التى لا تجاوز قيمتها خمسين الف جنيه فتتولى فتح المظـــاريف والبـــت فـــى المناقصة لجنة واحدة .

---

(١) أ.د. سعاد الشرقاوى ، العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٤١٥ .

ونصت المادة ١٢ من القانون المصرى بشأن المناقصات علــى أن « يصدر بتشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت قرار من السلطة المختصة وتضم هذه اللجان عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد . ويجب أن يشترك فى عضوية لجان البت ممثل لوزارة المالية إذا جاوزت القيمة مائتين وخمسين الف جنيه ، وكذا عضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا جاوزت القيمة خمسمائة الف جنيه » .

ويتضح من النص السابق أن المشرع أراد أن يضع مجموعة من الضوابط التى تحكم عملية تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة ، وهذه الضوابط تتمثل فيما يلى :

١- ضوابط تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة :

أ - صدور قرار تشكيل هذه اللجان من السلطة المختصة :

والسلطة المختصة التى تصدر قرار تشكيل لجنة فتح المظاريف هو رئيس الإدارة المركزية . أما بالنسبة للسلطة المختصة بتشكيل لجان البت فهى سلطة الاعتماد المختصة .

ب- يجب أن يراعى فى تشكيل لجان فتح المظاريف أو لجان البت أهمية وقيمة التعاقد . فإذا كانت قيمة المناقصة كبيرة فيجب أن تشكل من موظفين على درجة كبيرة من الكفاءة وكذلك من الدرجات الوظيفية العليا التى تتناسب وأهمية المناقصة .

ج - يجب أن تضم لجان فتح المظاريف ولجان البت فى المناقصة عناصر قانونية وفنية ومالية حتى تكون هذه اللجان على دراية كاملة بكافة جوانب المناقصة . وحتى تخرج إجراءاتها سليمة وتحقق الهدف منها .

د - ويجب أن تمثل وزارة المالية فى لجان البت إذا زادت قيمة المناقصة عن مائتين وخمسين ألف جنيه . وهذا شرط خاص بتشكيل لجان

البت وذلك تقديرا من المشرع بقيمة المناقصة . ورتب علـــى عـــدم حضـــور مندوب وزارة المالية فى مثل هذه الأحوال عدم صحة انعقاد اللجنة مما يـــترتب علية بطلان قراراتها .

هـ - إذا زادت قيمة المناقصة عن ٥٠٠ ألف جنيه يجـــب أن تضـــم لجنة البت مندوبا عن وزارة المالية وعضوا من لجنة الفتوى المختصة بمجلس الدولة . ورتب القانون على تغيب أحدهما أو كليهما عدم صحة انعقـــاد لجنـــة البت مما يترتب عليه بالتبعية عدم صحة إجراءاتها .

وهنا يثور التساؤل عن تطبيق هذين الشـــرطين هـــل يؤخـــذ بالقيمـــة التقديرية للمناقصة أم بالقيمة الفعلية ؟ ولبيان ذلك نضرب مثلا ، وهو قيام جهة الإدارة بالاعلان عن مناقصة بلغت قيمتها التقديرية ٤٥٠ الف جنيـــه ، وعنـــد إجراءات الترسية بلغت قيمتها الحقيقية أكثر من ٥٠٠ ألف جنيه ففى هذه الحالة كيف تشكل لجان البت فى المناقصة ؟ .

ذهب رأى إلى أنه يجب تشكيل لجان البت فى هذه الحالة بنـــاء علـــى القيمة الفعلية للمناقصة وهى أكثر من ٥٠٠ ألف جنيه ممـــا يستوجب معـــه ضرورة حضور مندوب وزارة المالية وعضو من لجنـــة الفتـــوى المختصـــة بمجلس الدولة . وذلك على اعتبار أن القيمة الفعلية للمناقصة تتحدد بعـــد فتـــح المظاريف بواسطة لجنة فتح المظاريف ، وأن تشكيل لجنة البت فى المناقصـــة تأتى فى مرحلة لاحقة لفتح المظاريف([1]) .

على أننا نرى أن ظاهر نص المادة ١٢ من القـــانون رقـــم ٨٩ لســـنة ١٩٩٨ واضح الدلالة على أن المقياس الأساسى لتشكيل لجنة البت هو القيمـــة التقديرية دون إلتفات إلى القيمة الحقيقية .

---

(١) أحمد منصور - المرجع السابق - ص ٢٧٩ .

وهذا الرأى هو ما تذهب إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ففى جلستها بتاريخ ١٩٩٣/٥/١٦ ذهب إلى أن المشرع عول بنص صريح فى تحديد النصاب الذى تبلغه قيمة المناقصة ويوجب حضور مندوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة على القيمة التقديرية للمناقصة لا القيمة الفعلية بحسب أن القيمة التقديرية التى يتم بسند منها تقدير الارتباط المالى وتحديد مصرفه أما القيمة الفعلية للمناقصة فهى لا تتحدد إلا لدى الترسية على العطاء المناسب وهى قد لا تتكشف إلا فى مرحلة لاحقة على بدء اللجان عملها . ولما كان ذلك وكانت الوحدة المحلية ... قد أعلنت عن مناقصة عامة بلغت قيمتها التقديرية ٢٩٥ ألف جنيه وقامت السلطة المختصة بتشكيل لجنتين أحدهما لفض المظاريف والأخرى للبت فيها دون أن تضم عضويتهما عضوا عن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة هذا الأمر لا ينال من صحة تشكيلهما ولو جاءت قيمة المناقصة الفعلية لدى الترسية على العطاء المناسب ٣٠٠ الف جنيه »(١) .

وتنص اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى المادة ١٥ والمادة ٢٢ على تشكيل لجان فض المظاريف ولجان البت على التوالى :

فالمادة ١٨ تنص على أنه « يكون تشكيل لجنة فتح المظاريف بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف تتناسب وظيفته ودرجته مع أهمية المناقصة وعضوية ممثل عن الجهة الطالبة وعضو قانونى وعضو فنى وعضو مالى ومدير إدارة المشتريات أو من ينيبه ، ويحضر اللجنة مندوب إدارة الحسابات ليتسلم التأمينات ويجوز أن ينص القرار على ضم عضو آخر أو أكثر إلى اللجنة » .

---

(١) فتوى رقم ٥٣١ بتاريخ ١٩٩٣/٧/٤ ملف رقم ٣١١/١/٥٤ جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ – مجموعة المبادئ القانونية التى تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع المكتب الفنى – مكتوبة على الألة الكاتبة ص ٤٥ .

وتنص المادة ٢٢ من ذات اللائحة على أن « يكون تشكيل لجان البت بقرار من السلطة المختصة برئاسة موظف مسئول وعضوية عناصر فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد . ويجب أن يشترك فى عضوية لجنة البت من تندبه وزارة المالية لذلك وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يندبه رئيسها وذلك فى الحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

واستهدف القانون بهذا التنظيم للجان فتح المظاريف ولجان البت عدالة إجراءات المناقصة وشفافيتها بما يضمن تحقيق مبدأ حرية المنافسة بين جميع مقدمى العطاءات .

على أنه تجدر ملاحظة أن نص المادة ١٥ من اللائحة التنفيذية التى بينت تشكيل لجان فتح المظاريف جاء على خلاف نص المادة ١٢ من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث استوجبت - على النحو الذى سبق الاشارة إليه - أن تضم اللجنة فى عضويتها عناصر قانونية ، ونرى فى هذه الحالة إعمال صريح نص المادة ١٢ مما يقتضى معه إضافة العضو القانونى إلى لجان فتح المظاريف لا سيما وأن نص المادة ١٥ من اللائحة يقضى فى نهايته بأنه « يجوز أن ينص القرار (أى قرار تشكيل لجنة فتح المظاريف) على ضم موظف أخر أو أكثر إلى عضوية اللجنة » والقول بغير ذلك يعنى إقرار التناقض الواقع بين نص المادة ١٢ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وبين المادة ١٨ من لائحته التنفيذية وهو ما يصم هذه اللائحة بعدم الدستورية نظرا لتجاوزها حكم القانون ، وهذا الرأى هو ما ذهبت إليه إدارة الفتوى لوزارة الصحة بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٨٧/١٢/٨ حيث قررت أن القانون استلزم أن تضم هذه اللجنة العضو القانونى ، ولما كانت المادة ١٤٤ من الدستور تنص على أن « يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين بما ليس فيه تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها ، وله أن يفوض

غيره فى إصدارها ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه ومفاد ذلك أن المشرع الدستورى لم يجز للائحة أن تخرج على حدود القانون أو أن تأتى بقواعد جديدة مما يعتبر تعديلا أو إعفاء من تنفيذه ومن ثم فعندما غفلت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ النص على ضم العضو القانونى إلى تشكيل لجنة فتح المظاريف تكون بذلك قد خرجت عن الحدود التى رسمها المشرع الدستورى للوائح التنفيذية ويتعين فى هذه الخصوصية الالتزام بحكم القانون بحيث يضم إلى لجنة فتح المظاريف عضو قانونى » ([1]).

ب – أثر مخالفة تشكيل لجان فتح المظاريف ولجان البت :

هل يترتب على عدم اجتماع هذه اللجان على غير الوجه الذى حدده القانون بأن كانت هذه اللجان غير كاملة على الوجه السابق بيانه – بطلان اجتماعاتها وبالتالى بطلان أعمالها ، هذا هو الرأى الذى ذهب إليه البعض مقررا أنه « وإلا كان اجتماعها باطلا ، وقراراتها باطلة بالتبعية([2]) .

وعلى عكس هذا الرأى ذهبت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة بتاريخ ٢٥ مارس ١٩٩١ إلى أن « المشرع قد أناط بالسلطة المختصة بالجهات الإدارية تشكيل لجان فتح المظاريف والبت وضمانا لسلامة عمل تلك اللجان وسعيا وراء تحقيق الغرض المرجو منها فقد قرر ضرورة تضمين ذلك التشكيل عناصر فنية ومالية وأخرى قانونية إلا أن المشرع لم يعلق صحة عمل تلك اللجان على ضرورة حضور كل العناصر المشار إليها ذلك أنه لو أراد تعليق سلامة عمل تلك اللجان وصحة انعقادها على ضرورة حضور كل العناصر لما أعوزه النص على ذلك ويؤكد ذلك النظر أن المشرع عندما رأى ضرورة

---

(١) **فتوى رقم ٧ ، ٨ ملف رقم ٣٤/٣/٢ – فى أحمد منصور – المرجع السابق – ص ٢٥١ .**

(٢) **سليمان الطماوى – المرجع السابق – ص ٢٨٨ سعاد الشرقاوى – المرجع السابق – ص ٤٢١ .**

وأهمية حضور عناصر معينة كمندوب وزارة المالية وعضـــو إدارة الفتـــوى المختصة بمجلس الدولة ضمن تشكيل لجنة البت إذا تجاوزت القيمة التقديريـــة للمناقصة حدودا معينة ، فانه قرر عدم صحة انعقادها إذا تخلف منـدوب وزارة المالية أو عضو إدارة الفتوى »(١) .

وفى الحقيقة نرى أن ما ذهبت إليه لجنة الفتوى بمجلس الدولة أمر محل نظر . وذلك لأن غياب أحد أعضاء اللجنة سواء أكانت لجنة فتح المظـاريف أو لجنة البت فيها أمر يخل بضمانات محققة نص عليها القانون هى فى أساســـها تعد أشكالا جوهرية مقررة لصالح مقدمى العطاءات ، فهذا التشكيل هو الـــذى يضمن سلامة إجراءات الترسية وشفافيتها والقول بغير ذلك كما تذهب اللجنـــة يخل بمبدأ حرية المنافسة بين المتناقصين ، فالقانون عندما اشترط أن يشـــتمل تشكيل هذه اللجنة أو تلك على عناصر مالية وفنية وقانونية استهدف أن تقـــوم هذه اللجان بعملها فى إطار من الفهم الفنى والقانونى لإجراءات المناقصة .

---

(١) ملف رقم ١٨٧/٢/٤٧ - وخلصت اللجنة إلى صحة انعقاد لجنة فتح المظاريف بـدون حضور العضو القانونى - راجع فى ذلك احمد منصور - المرجع السابق - ص ٣٥٢.

الفرع الثانى

الضمانات التى تتصل بعمل لجان البت

لم يكتف القانون ولائحته التنفيذية بالنص على تشكيل لجان البت فى المناقصة ، وبيان ضوابطه وإنما استلزم ضمانات أخرى تكفل لهذه اللجان أداء عملها للحفاظ على مبدأ حرية المنافسة وتحقيق المساواة بين مقدمى العطاءات ، وهذه الضمانات تتمثل فى ضرورة أن تمارس هذه اللجان عملها فى جلسات علنية ، وأن تتم كتابة هذه الإجراءات فى محاضر وتقارير رسمية .

وذلك على الوجه التالى :

أولا : كتابة إجراءات البت فى المناقصة :

وتمثل الكفاية هنا إجراء جوهريا يترتب على مخالفته بطلان الإجراءات التى تقوم بها لجان البت فى المناقصة ، سواء أكانت لجنة فتح المظاريف أو لجنة إرساء المناقصة .

ويجب على لجنة البت فى القانون الفرنسى أن تثبت كتابة بيانات العطاءات التى سوف يختار من بينها العطاء الفائز(١) .

ويستلزم قانون المناقصات المصرى ولائحته التنفيذية أن تحرر لجان فتح المظاريف أو لجان البت فى المناقصة بكتابة كافة الإجراءات التى تقوم بها ويوقع على جميع الأوراق رئيس اللجنة وأعضاؤها وترفق بها جميع الأوراق الخاصة بالعطاءات مع ترقيمها ويوقع عليها رئيس اللجنة والأعضاء .

وضرورة كتابة إجراءات البت فى المناقصة أمر حرص عليه قانون اليونسترال حيث نص فى المادة ٣١-٣ على أن « يعلن أسم وعنوان كل مورد

---

(١) Quancard (M) : op. Cit. P. 173 .

أو مقاول بفتح عطاؤه ، كما تعلن قيمة هذا العطاء للأشخاص الحاضرين وقت فتح العطاءات ، وتبلغ هذه المعلومات عند الطلب للموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات ولكن ليسوا حاضرين أو ممثلين وقت فتح العطاءات ، وتدون فورا فى سجل إجراءات المناقصة الذى تقتضيه المادة ١١ .

وتنص المادة ١١-١ على أن تحتفظ الجهة المشترية بسجل لإجراءات الاشتراء يتضمن كحد أدنى المعلومات الآتية :

د – قيمة كل عطاء أو اقتراح أو عرض أسعار وقيمة عقد الاشتراء وملخص الأحكام والشروط الرئيسية لكل منها .

هـ – ملخص لتقييم العطاءات أو الاقتراحات أو العروض أو عروض الأسعار وللمقارنة بينها بما فى ذلك منح أى هامش تفضيل .

و – إذا رفضت جميع العطاءات يرصد بيان عن هذا الرفض والأسباب الداعية إليه .

ثانيا .. علانية إجراءات البت فى المناقصة :

وتعتبر العلانية بجانب الكتابة – ضمانة أخرى نص عليها القانون سواء فى مصر أو فرنسا أو قانون اليونسترال ، فالعلانية تؤدى إلى ضمان نزاهة عملية البت فى المناقصة وعدم التلاعب فيها ، وعلانية إجراءات البت فى المناقصة يعنى جواز حضور مقدمو العطاءات أو من يمثلونهم هذه الاجتماعات ومراقبة هذه الإجراءات . ومن ثم فلا يصح أن يقوم رئيس اللجنة بمنع أحد مقدمى العطاءات أو من يمثله من حضور جلسات لجنة البت أو معرفة كيفية سير هذه الجلسات .

وعلى الرغم من أن القانون المصرى والفرنسى لم ينصا على علانيـــة هذه الجلسات التى تعقدها لجنة البت إلا أنه أمر مستفاد من مجموعة النصـوص التى تنظم هذه الأمور ([1]) .

وذلك على عكس قانون اليونسترال الذى نص صراحة على ضــــرورة علانية هذه الجلسات حيث نصت المـــادة ٣١-٢ علـــى أن « تســمح الجهـــة المشترية لجميع الموردين أو المقاولين الذين قدموا عطاءات أو لممثليهم بـــأن يكونوا حاضرين عند فتح العطاءات » .

(١) Quancard (M) : op. Cit. 173 .

المبحث الثانى

كيفية الإسناد بمقتضى السعر الأقل

الإسناد بمقتضى السعر الأقل يقتضى من ناحية أولى ترتيب العطـاءات المقدمة فى المناقصة على أساس معين ، ومن ناحية ثانية تحديد العطاء الأول :

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين : نتناول فى المطلـب الأول : ترتيب العطاءات ، وفى الثانى : تحديد العطاء الأول .

وذلك على الوجه التالى :

المطلب الأول

ترتيب العطاءات والعوامل التى تؤثر فيها

يرتبط ترتيب العطاءات بالمبدأ التقليدى فى الأسناد بمقتضـى السـعر الأقل فى المناقصة حيث أنه ينتج عن هذا الترتيب بالضرورة تحديـد العطـاء الأول الفائز فى المناقصة على أن الأمر ليس بهذه السهولة فى كثير من الأحيان فقد يرتبط العطاء بشروط معينة أو بتحفظات خاصة تؤدى إلى صعوبة ترتيبه ، وسوف نبحث كيفية ترتيب العطاءات والعوامل التى تؤثر فيها على فرعين على الوجه التالى :

الفرع الأول

ترتيب العطاءات

أولا : ترتيب العطاءات فى القانون الفرنسى :

تختص لجنة البت فى القانون الفرنسى بفتح مظاريف العطاءات ومراجعتها واستبعاد غير المطابق لشروط المناقصة منها وبعد ذلك تشرع فى إعداد قائمة بترتيب العطاءات التى سوف يتم تحديد العطاء الفائز من بينها .

ولما كان المبدأ التقليدى فى المناقصة يقتضى ترسية المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعرا والأنسب ، فإن ترتيب العطاءات يجب أن يستند فى أساسه على السعر .

وتحديد السعر فى المناقصة العامة قد يتخذ صورا ثلاث(١) :

الصورة الأولى : تحديد جهة الإدارة لسعر أساس محدد وتطلب من المتناقصين تقديم نسبة خصم معينة ، وقد يكون السعر الذى حددته الإدارة سعرا إجماليا لموضوع المناقصة وقد يكون متعلقا بفئات أو وحدات فى موضوع المناقصة كما هو منصوص عليه فى كراسة الشروط .

وهنا يتم ترتيب العطاءات فى هذه الحالة بحيث يكون العطاء الأول هو العطاء الذى يقدم أكبر نسبة خصم من السعر الذى حددته الإدارة .

الصورة الثانية : تحديد الإدارة لعدد من الأسعار المتناوبة ، سواء أكانت إجمالية أم كانت أسعار لفئات أو وحدات للموضوع محل التعاقد فى المناقصة ، وهنا يتم ترتيب العطاءات بالنظر إلى الأسعار التى حددتها الإدارة ، فيكون العطاء الأول هو الذى يقدم أقل الأسعار التى حددتها الإدارة .

---

(١) De Laubadere op. Cit. P. 623 .
Quancard (M) : op. Cit. P. 157 .

الصورة الثالثة : عدم تحديد الإدارة للسعر ولكنها تطلب عروضا بالأسعار ، وفى هذه الحالة فان مقدمى العطاءات يتقدمون بأسعارهم ويكون ترتيب العطاء بالنظر إلى قيمة الأسعاء التى تقدم بها المتناقصون ، فيكون العطاء الأول هو الذى يقدم أقل الأسعار .

ولجنة البت وهى بصدد ترتيب العطاءات فانها تضع العطاءات المتساوية فى درجة واحدة ، حتى يتم البحث عن أساس قانونى للتفضيل بين هذه العطاءات على الوجه الذى سوف نبينه عند تحديد العطاء الأول.

ثانيا : ترتيب العطاءات فى القانون المصرى :

يميز القانون المصرى للمناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بين لجنة فتح المظاريف ولجنة البت فى المناقصة على أنه يتضح من مطالعة اختصاصات لجنة فتح المظاريف أنها اختصاصات تمهيدية لعمل لجنة البت . والمادة ١٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم تحدد اختصاصات لجنة فتح المظاريف وتحصرها فى إطار فتح المظاريف ورصد بياناتها وإثبات عددها ومرفقاتها من أوراق وبيانات وعروض وقراءة أسعارها وبياناتها على الحاضرين فتح المظاريف ، والتأشير بدوائر وعلامات حمراء على كل كشط أو تغيير أو تصحيح حاصل لأحد بيانات العطاءات ، واثبات ذلك فى محضر رسمى والتوقيع عليه ورفعه إلى لجنة البت .

ومن مطالعة هذه الاختصاصات يتضح أن ترتيب العطاءات لا يدخل فى اختصاصات لجنة فتح المظاريف ، وإنما يعتبر من اختصاص لجنة البت ، وعلى فرض قيام لجنة فتح المظاريف بترتيب العطاءات ، فان لجنة البت عليها مراجعة هذا الترتيب والتغيير فيه إن رأت لذلك محلا ، بل لها أن تدعه جانبا وتمارس اختصاصاتها فى ترتيب العطاءات توطئة للبت فى المناقصة واختيار المتعاقد مع الإدارة .

الفرع الثانى

العوامل التى تحدّد أولوية العطاء

على أنه فى الواقع العملى غالبا ما ترتبط مسألة ترتيب العطاءات بمشاكل كثيرة تصعب من هذه المشكلة ، ومن ذلك مثلا إقتران العطاء الأقل سعرا بمجموعة من التحفظات أو الشروط الخاصة التى يريد صاحب العطاء التعاقد على أساسها .

ومن ناحية ثانية : فانه قد توجد بعض الأخطاء المادية ، فهل تؤثر على أولوية العطاء فى الترتيب ، وذلك على الوجه التالى :

أولا : أثر الأخطاء المادية على ترتيب العطاء :

قد يحدث فى إعداد العطاء أخطاء مادية ، فهل تؤثر هذه الأخطاء فى ترتيب العطاء بين العطاءات المقدمة فى المناقصة ؟

بداءة قد تتكشف هذه الأخطاء أمام لجنة البت تلقائيا ، وقد تكون بناء على شكوى مقدمة من صاحب العطاء ، وهذه بدورها قد تكون قبل فتح المظاريف وقد تكون بعد ذلك ، فى كل الحالات يشترط أن تكون الأخطاء المادية ظاهرة أمام لجنة البت ، فان من المسلم للجنة البت أن تقوم بتصحيح هذه الأخطاء وتثبت ذلك فى محضر الجلسة ومن هذه الأخطاء مثلا التباين بين السعر الإجمالي وسعر الفئات أو بين السعر المرقوم والسعر المكتوب بالتفقيط ، فهذه العيوب الظاهرة يكون على لجنة البت تصحيحها دون أن يخل ذلك بمبدأ المساواة بين العطاءات[1] .

وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت إلى أن الظروف والملابسات التى أحاطت بالتعاقد على ما سلف بيانه بأن ما وقع فيه المدعى من

(١) C.E. 25 Juil. 1939 – Dame veuve Gautron. Rec. p. 259 .

غلط كان من غلطات القلم إذ أخطأ فى كتابة تمييز الرقم الذى دونه سعرا للكيلو متر الواحد من أعمال البندين المشار إليهما وهو ثلاثة آلاف وخمسمائة فذكـــر أنه المليم بينما كانت إرادته متجهة فعلا إلى القرش على ما يبين مـــن القيمـــة الإجمالية التى دونها بهذين البندين وهى ٤٣٧٥ جنيها وهى حاصل الضــــرب الصحيح لفئة الكيلو متر الواحد مقدرة على أساس القرش مضروبة فـــى عـــدد الكيلو مترات ... ومن حيث أنه لما كان الأمر كذلك وكان المدعى قـــد بـــادر فور فض المظاريف وقبل البت فى المناقصة ، إلى إخطـــار الجهـــة الإداريـــة بالغلط الذى وقع فيه ، فانها إذ طرحت اعتراض المدعى رغم قيامه على أساس سليم من الواقع والقانون ولم تقم بما يوجبه عليها القانون من وجوب تصحيـــح عطاء المدعى على أساس أن ما وقع فيه كان من غلطات القلم ... فانها تكـــون بذلك قد خالفت حكم القانون على وجه يتحقق معـــه ركـــن الخطـــأ الموجـــب لمسئوليتها([1]) .

وفى ذات الاتجاه ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلـــى أن « ومن حيث أن مفاد ما تقدم أن إرادة الطرفين انصرفت أساسا إلى التعويل على السعر الإجمالى للعملية وأن نتيجة توزيع هذا السعر على الأقسام المختلفة للعملية وإن تضمنت لبسا فيما يتعلق بأحد الأقسام ، فان ذلك مرده إلـــى خطـــأ مادى واجب التصحيح وليس ثمة ما يحول قانونا دون تصويبه ذلك أن عمليـــة التوزيع سواء أكانت مشوبة فى إحدى جزئياتها ببعض الأخطاء أم لم يعترها أى لبس ، فان ذلك لا يؤثر فى كون المناقصة تمت على أســـاس ســـعر اجمـــالى العملية... » ([2]) .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٣١٤ لســـنة ١٣ ق جلســـة ١٩٧٣/١١/٢٤ المجموعة فى ١٥ عاما – ح ٢ ص ١٨٤ .

(٢) ملف ١٢/٢/٧٨ جلسة ١٩٨٣/٥/١٨ – الموسوعة الإداريـــة الحديثـــة ، المرجـــع السابق – ح ١٨ ص ٧٣٣ .

وما سبق قرره القانون اليونسترال حيث ألزم الجهة المشترية (الإدارة) تصحيح الأخطاء الحسابية والمادية التى لا تؤثر على مضمون العطاء وفى ذلك تنص المادة ٣٢-١-ب على أنه « تصحح الجهة المشترية الأخطاء الحسابية البحتة التى تكتشف أثناء فحص العطاءات وتقوم الجهة المشترية على الفور بإخطار المورد أو المقاول الذى قدم العطاء بهذا التصحيح .

ثانيا : اثر اقتران العطاء بالتحفظات على ترتيبه بين العطاءات :

قد يكون العطاء الأقل سعراً ، مقترنا بتحفظات معينة ، فهل تؤثر هذه التحفظات على ترتيب العطاء ؟

بداءة يشترط أن تكون هذه التحفظات شروطا ثانوية لا تتناقض مع الشروط الجوهرية للمناقصة (١) .

الإجابة على السؤال المتقدم يرتبط بالاجابة على سؤال أخر وهو هل يمكن تقييم هذه التحفظات تقييما ماليا ؟ فالتقييم المالى للتحفظات يؤدى إلى إضافة قيمة أخرى إلى سعر العطاء .

وفى فرنسا لا يعتد القضاء الإدارى بالتحفظات التى تقترن بالعطاء إذا كانت تحفظات على شروط غير مشروعة أو لا تتفق مع القانون أو تحفظات شكلية لا تتناقض وجوهر العطاء المقدم فى المناقصة(٢) . ومن ثم فان مثل هذه التحفظات قد لا تكون مؤثرة على العطاء المقدم فى المناقصة ، كما أنها فى كثير من الأحيان قد لا تقبل التقويم بالمال .

أما قانون اليونسترال فقد نص فى المادة ٣٢-٢-ب على أنه « يجوز للجهة المشترية أن تعتبر العطاء إيجابيا حتى وأن احتوى على انحرافات ثانوية

---

(١) انظر ما سبق ص ٨٣ .

(٢) أنظر فى ذلك أحكام المجلس C.E. 15 Mai, 1918. – Ducret – Rec.p. 600

C.E. 25. Fev, 1944 – pilo – Rec.p. 69

C.E. 25 Juill, 1939 – Veuve – Rec. p. 259 .

لا يترتب عليها تغيير أو انحراف جوهرى عن الخصائص والأحكام والشـروط وغيرها من الاشتراطات المنصوص عليها فى وثائق التمـــاس العطـــاءات أو احتوى على أخطاء أو جوانب يمكن تصحيحها دون الإخلال بجوهـــر العطـــاء وبقدر الإمكان تقدر هذه الانحرافات كميا وتؤخذ فى الحســـبان علـــى النحـــو المناسب فى تقييم العطاءات والمقارنة بينها » .

وما يذهب إليه قانون اليونسترال من ضرورة تقييم هذه التحفظات ماليا وذلك لكى تؤخذ فى الحسبان عند المقارنة بين العطـــاءات وترتيبـــها وتحديـــد أولويتها ، ويتفق مع منطق القانون المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الذى أقـــر وجود التحفظات وجعلها محل اعتبار عند تحديد العطاء الفائز بالمناقصة .

وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أنه « .. وإذا كان تحديد صاحب العطاء الأقل له هذه الأهمية لذلك يتعين أن تجرى المفاضلة والمقارنة بين المتنافسين لتعيينه على أساس موضوعى بما يحقق المساواة بيـــن المتناقصين للوصول إلى صاحب أقل العطاءات وترتيب أولويته بين العطـــاءات حينما تخلو جميع العطاءات من أى تحفظات أو اشتراطات يمكن تقييمها ماليا ، بيد أن هذا الأساس لا يكفى وحده فى حالة وجود تحفظات أو اشتراطات ماليـــة مقترنة بكل العطاءات أو ببعضها دون البعض الأخر ، ففى هذه الحالة لا يكتفى بالقيمة الرقمية للعطاء لتحديد أولويته الحقيقية وما يترتب عليها من أثار ، بـــل يتعين إضافة قيمة التحفظات والشروط الخاصة التى يمكن تقييمها ماليـــا أو ذات الأثر المالى إلى قيمة العطاء الرقمية للوصول إلى القيمـــة الحقيقيـــة والفعليـــة للعطاء مما يؤدى فى النهاية إلى تحديد صاحب العطاء الأقل سعرا ، الذى أجاز المشرع مفاوضته للنزول عن كل أو بعض تحفظاته وهى مرحلة تالية لتحديـــد أولوية العطاءات للوصول إلى صاحب العطاء الأقل سعرا والأفضل شـــــروطا ... وانتهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أن التحفظات التـــى

لها قيمة مالية تدخل فى التقدير عند تحديد أولويات العطاءات للوصول إلى العطاء الأقل» ([1]) .

وما سبق أكدته الجمعية أيضا فى فتوى حديثة ذهبت فى جلستها بتاريخ ٢٨ مارس ١٩٩٣ إلى أن « الاعتداد بالتحفظات والشروط الخاصة المقترنة بالعطاءات والتى يمكن تقييمها ماليا فى مجال المقارنة بغية تحديد صاحب العطاء الأقل تأكيدا للإفتاء السابق للجمعية العمومية فى هذا الشأن الصادر بجلسة ١٩٨٧/١٢/٩.. » ([2]) .

على أنه يجب التنويه إلى أن التحفظات التى تكون محلا للتقييم المالى بغية إضافتها إلى السعر المحدد بالعطاء هى تلك التى يمكن قبولها دون أن يعد ذلك مخالفة جوهرية لشروط المناقصة .

ولكن يثور التساؤل هنا عن حكم تنازل مقدم العطاء عن تحفظاته بعد فتح المظاريف وإعلان الأسعار المقدمة فى المناقصة ؟

من الواضح أن قبول مثل هذا التنازل قد يؤدى إلى ترتيب أولوية متقدمة للعطاء بخلاف لو استمر الأمر دون تنازل عن التحفظات ، ولا شك أن فى ذلك انحرافا عن مبدأ المساواة الواجب توافره فى إجراءات المناقصة مما يؤدى – بطبيعة الحال – إلى الإخلال بمبدأ حرية المنافسة ، فهذا التنازل قد يكون مقبولا لو أنه تم قبل جلسة فتح المظاريف . ولكنه لا يعتد به إذا تم بعد جلسة فتح المظاريف وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة المصرى قضاء وإفتاء ، فقد عرض على إدارة الفتوى لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية بمجلس الدولة كيفية ترتيب العطاءات المقدمة فى المناقصة العامة بشأن

---

(١) ملف رقم ٣٦٠/١/٥٤ – جلسة ٩ ديسمبر ١٩٨٧ – سابق الإشارة إليها .

(٢) فتوى رقم ٣٣٢ بتاريخ ١٩٩٣/٤/٢٤ ملف رقم ٢٦٠/١/٥٤ جلسة ١٩٩٣/٣/٢٨ – المجموعة ح ٢ من مارس ١٩٩٣ حتى أخر سبتمبر ١٩٩٣ – مكتوبة على الألة الكاتبة – ص ٧ .

.. حيث قدم فيها ثلاثة عطاءات . الأول قيمته الرقمية ١٦٩٠٣٦,٣٧٥ واقترن ببعض التحفظات بعد تقييمها أصبحت قيمته ٢٠٨٢٣٩,٢١٧ وقد تنازل عن جميع تحفظاته بعد فتح المظاريف ، والعطاء الثانى قيمته الرقمية ١٧٥٦٣٥,٠٠٠ وغير مقترن بأية اشتراطات والعطاء الثالث قيمته الرقمية ٢١٦٥٦٢,٢٢٧ ، وقد أوصت لجنة البت بالترسية على صاحب العطاء الأول باعتباره صاحب العطاء الأقل بعد تنازله عن كافة الاشتراطات المقترنة بعطائه وذلك دون تقييم تلك الاشتراطات ماليا ، واعترضت السلطة المختصة بالاعتماد وطلبت تقييم التحفظات المقترنة بالعطاء وعدم الاعتداد بالتنازل الذى تم بعد فتح المظاريف فتمسكت لجنة البت برأيها ... وقد استعرضت إدارة الفتوى فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ١٩٨٧/١٢/٩ (المشار إليها من قبل) .. ومن حيث أنه متى كان الأمر كذلك حسبما تقدم جمعيه وكان الثابت من استعراض الوقائع بعد تقييم التحفظات ذات الأثر المالى التى وردت بالعطاء الأول أصبحت قيمة عطائه مبلغ ٢٠٨٢٣٩,٢١٧ بدلا من ١٦٩٠٣٦,٣٧٥ الذى يمثل قيمته الرقمية قبل تقييم التحفظات المقترنة به ومن ثم لا يصبح هذا العطاء والحال كذلك هو أقل العطاءات المقدمة فى العملية ... ولا يغير من ذلك تنازل الأخير عن الشروط الخاصة والتحفظات المقترنة بعطائه إذ إن المقاول المذكور قد تنازل عن شروطه الخاصة بتاريخ ١٩٨٩/١/٢٥ أى بعد فتح المظاريف الحاصل فى ١٩٨٩/١/١٨ .. » (١) .

---

(١) فتوى رقم ٥٧٤ بتاريخ ١٩٨٩/٦/١١ ملف رقم ٤٤٧/٢/٣ ، أحمد منصور - المرجع السابق - ص ٣١٨ .

المطلب الثانى

إرساء المناقصة على العطاء الأول

إن عملية ترتيب العطاءات ، وإن كانت تفضى فى بعض الأحيان إلى تحديد العطاء الأول ، فانه فى أحيان كثيرة قد لا تؤدى إلى هذا التحديد . فقد يكون العطاء الأول مقترنا بتحفظات معينة وترى الإدارة ضرورة نزول مقدم العطاء عنها ، كما يمكن أن يكون هذا العطاء قد وصل متأخرا عن المواعيد التى حددها القانون أو أعلنتها الإدارة ، وقد يتماثل أكثر من عطاء فى الترتيب فعلى أى أساس يتم التفضيل بين هذه العطاءات ؟ .

ومن ناحية ثانية : يثور التساؤل عن مدى التزام الإدارة بالترسية على العطاء الأقل فى السعر ؟

وترتيبا على ما سبق سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فى الفرع الأول منهما : كيفية تحديد العطاء الأول وفى الفرع الثانى نتناول : مدى التزام الإدارة بالترسية على العطاء الأقل سعرا .

الفرع الأول

كيفية تحديد العطاء الأول

قلنا فيما سبق إن عملية ترتيب العطاءات تفضى فى بعض الحالات إلى تحديد العطاء الأقل سعرا والأنسب شروطا ، مما يقتضى معه إسناد التعاقد إلى مقدمه ، كما تقضى بذلك إجراءات المناقصة ، على أنه فى أحوال أخرى غير قليلة لا تؤدى عملية ترتيب العطاءات إلى هذه النتيجة نظرا لظروف موضوعية معينة يفرزها الواقع الفعلى .

وذلك على الوجه التالى :

أولا : تحديد العطاء الأول إذا تساوى فى المركز الأول أكثر من عطاء:

فى هذا الفرض يوجد تماثل بين أكثر من عطاء فى ذات المناقصة ، ويجب ألا يكون هناك محل لتفضيل عطاء على أخر ، فان كان ثمة معيار لهذا التفضيل فان المشكلة تعتبر منتهية .

ومن ذلك ما ينص عليه القانون الفرنسى للعقود من تقرير أفضلية عند التساوى للعطاء المقدم من الجمعيات التعاونية الانتاجية أو من اتحاد المنتجين الزراعيين أو الجمعيات المهنية أو الحرفية ([1]) .

وأيضا ما ينص عليه القانون المصرى – والذى سبقت الإشارة إليه – من تقرير أفضلية للعروض المقدمة بعطاءات بتوريدات من الانتاج المحلى على ألا يتجاوز السعر ١٥/% بين سعر العطاء المحلى وبين أقل عطاء أجنبى ، كما قرر أيضا أفضلية العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية .

---

(١) De Laubadere : op. Cit. Pp. 622-623
Quancard (M) : op. Cit. P. 158 .

أما إذا لم يكن هناك ثمة عطاء أعطى له القانون أفضلية فإن المشــكلة تظل قائمة ، وهنا ينص القانون الفرنسي على إقامة سحب بالقرعة لاختيار أحد العطاءات المتساوية ، كما يكون للإدارة الحق فى إجراء مناقصة جديدة وهذا ما يقضى به نص المادة ٨٩ من تقنين العقود الفرنسى .

وفى المقابل ، فإن القانون المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ قد نص فــى المادة ٦٨ من لائحته التنفيذية على أنه « إذا تساوت الأثمان بين عطـــاءين أو أكثر يجوز تجزئة المقادير المعلن عنها بين مقدميها إذا كان ذلك فـــى صـــالح العمل .. » .

على أنه يبقى جانب من جوانب هذه المشكلة ، وهى تتمثل فى الحالـــة التى يتماثل فيها أكثر من عطاء ، ويكون تجزئة المقادير بين هــذه العطــاءات المتماثلة ضارا بالمصلحة العامة ، فعلى أى أساس يكون التفضيل بيـــن هــذه العطاءات ، وإزاء خلو القانون المصرى رقم ٩٨ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية ، من معيار للتفضيل فى هذه الحالة نرى الأخذ بالحل الذى يأخذ بـــه القـــانون الفرنسى للعقود والمنصوص عليه فى المادة ٨٩ والتى يحتكم فيه إلى إجــــراء سحب بالقرعة العلنية لتحديد العطاء الأول .

ثانيا : هل يجوز الترسية على العطاء الأول إذا كان قد وصل متأخرا عن الميعاد القانونى :

مما لا شك فيه أن قبول العطاء بعد الميعاد يخل بمبدأ المســـاواة بيـــن المتناقصين وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا فـــى حكـــم لـــها بتاريخ ٢٤ نوفمبر ١٩٦٢ حيث ذهبت إلى أنه كمبدأ أصيل يكون تعــاقد الإدارة عن طريق المناقصة والأخذ بأسلوب الممارسة لا يكون إلا فى حالات معينـــة وفى أضيق الحدود طبقا للأوضاع والشــروط المرســومة قانونــا ذلــك لأن المناقصة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة ، ولا يتأتى تحقيق ذلــك إلا إذا أحيطت بالسرية التامة وجعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبــدأ الســائد

دون أى تمييز لأحد أو استثناء وإلا اختل التوازن واضطرب حبل المنافسة الذى يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج المناقصة عن الهدف الذى تقررت من أجله ويفوت الغرض من عقدها ، وشروط المناقصة عن هذا الوضع هى بمثابة قانون التعاقد فلم توضع لمصلحة أحد من المتعاقدين إن شاء أخذها وإن شاء لا يأخذ بها وإنما وضعها كان للمصلحة العامة ، فلا سبيل للانفكاك منها وكل عمل يتم على خلافها لا يعتد به ولا يترتب عليه أى أثر لأنه يناقض الأساس الذى قامت عليه المنافسة بين المتناقصين .

وتطبيقا للمادة المتقدمة فان قبول عطاء المطعون عليه بعد الميعاد إنما هو إخلال صريح بمبدأ المساواة بين المتناقصين بما يعد استثناء على خلاف الشروط المعلنة وإخلالا بتكافؤ الفرص ، ولما تقدم كان يتعين على الجهة الإدارية أن ترفض عطاء المطعون عليه أو لا تنظر فيه بحال ما لأنه على خلاف شروط المناقصة التى هى دعوة للتعاقد بشروط جديدة وموقوتة بزمان معلوم فإذا جاء الطلب بعد فوات الميعاد تكون الدعوة إلى التعاقد قد استنفذت أغراضها وتلاقت مع صاحب الحق فيها ممن تقدم بعطائه فى حدود القوانين واللوائح .. » (١) .

وقد نصت المادة ١٨ من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد للمناقصات على أن « أى عطاء أو تعديل منه يرد بعد الموعد المعين لفتح المظاريف الفنية يجب تقديمه فور وصوله إلى رئيس اللجنة لفتحه والتأشير عليه بساعة وتاريخ وروده ثم يدرج فى كشف العطاءات المتأخرة .

ولكن لم يحدد القانون ولائحته التنفيذية ، ما هى الإجراءات التى تتخذ بصدد هذه العطاءات المتأخرة . هل يمكن أن تلجأ إليها لجنة البت عند ترسية المناقصة .

---

(١) الطعن رقم ١٥٥٨ السنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/١١/٢٤ سابق الإشارة إليه .

ومما هو جدير بالذكر أن اللائحة التنفيذية للقانون الملغى كانت تنـــص فى المادة ١٨ على أن « .. لا يلتفت إلى أى عطاء أو تعديل فيـــه يـــرد بعـــد الموعد المعين لفتح المظاريف . ومع ذلك يجوز للوزير المختص بعد موافقـــة لجنة البت للنظر فى التجاوز عن التأخير فى الحالات التى ترد فيها العطـــاءات المرسلة بالبريد لأسباب خارجة عن إرادة صاحب العطاء وأن يكون العـــرض المتأخر فى صالح الخزانة العامة . أما إذا ورد العطاء بعد انفضاض لجنة فتـــح المظاريف فلا يجوز قبوله ... » .

ومن ثم فإن هذا النص واجه فرض وصول العطاء الأقل سعرا متـــأخرا عن الميعاد المحدد فى المناقصة وهو المحدد لفتح المظاريف .

وعلى ذلك فإنه استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بعدم قبول العطاء الذى يصل متأخرا عن الموعد المحدد لاجتماع لجنة فتح المظاريف علـــى أن يكون ذلك بالشروط الآتية :

١- أن يكون العطاء مرسلا بالبريد ، فهذا الشرط ينفى وجود شـــبهة تعمد صاحب العطاء فى تأخير عطائه . ومن ثم لا ينطبق هذا الاستثناء علـــى تقديم العطاء باليد بعد الميعاد المحدد لجلسة فتح المظاريف وفى أثناء قيام اللجنة بعملها . حتى ولو تم ذلك قبل إفشاء سرية العطاءات ، بإعلان قيمة الأســـعار المقدمة فى كل عطاء (١) .

٢- أن يكون التأخير قد حدث لأسباب خارجـــة عـــن إرادة صـــاحب العطاء ، كأن يكون التأخير حاصل من خطأ هيئة البريد .

٣- أن يكون العطاء المتأخر فى صالح الخزانة العامة ، ولن يكـــون كذلك إلا إذا ثبت أنه أقل العطاءات المقجمة سعرا وأنسبها شروطا . ففى هـــذه

---

(١) أنظر عكس هذا الرأى احمد منصور - المرجع السابق - ص ٢٥٨ .

الحالة رجح المشرع مصلحة الخزانة على مصلحة المتناقصين الآخرين فى ذات المناقصة .

٤- أن يكون التجاوز عن التأخير قد تم بقرار من الوزير المختص بعد أخذ رأى لجنة البت المختصة .

٥- يجب أن يصل العطاء المتأخر أثناء عمل لجنة فتح المظاريف ، فإذا ورد بعد انقضاء عمل هذه اللجنة فلا يلتفت إليه ولا يجوز قبوله حتى مع توافر سائر الشروط الأخرى .

ثالثا .. الترسية بعد المفاوضة مع صاحب العطاء الأقل :

سبق أن عرفنا أن العطاء قد يقترن بتحفظات معينة لا تخل بالشروط الجوهرية للمناقصة فإذا كان العطاء الأقل سعرا مقترنا بمثل هذه التحفظات فهل يجوز لجهة الإدارة أن تطلب من صاحب العطاء الأول والمرشح للتعاقد أن ينزل عن هذه التحفظات أو عن بعضها .

هذا ما أجازه القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ منه حين قضى « لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول فى مفاوضات مع أحد مقدمى العطاءات فى شأن تعديل عطائه ، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها بما يجعل عطاءه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الإمكان .. » .

وعلى الرغم من أن القانون الجديد ولائحته التنفيذية لم يرد فيه حكم مماثل . إلا أننا نرى أن ذلك لا يمنع من سريان هذه الأحكام فى ظله نظرا لأنه – كما سبق القول – يسمح باقتران العطاء بتحفظات مالية أو فنية .

والمفاوضة فى هذه الصورة لا تؤدى إلى الإخلال بمبدأ المساواة الواجب توافره فى إجراءات المناقصة العامة . ولا تنال من مبدأ حرية المنافسة ، لأن هذه التحفظات يفترض أنه قد تم تقييمها ماليا وأضيفت إلى قيمة العطاء

ورغم ذلك كان هو العطاء الأول بعد ترتيب هذه العطاءات ، ومن ثم أجاز القانون – على الوجه السابق – مفاوضة صاحبه للنزول عن هذه التحفظات كلها أو بعضها وذلك تحقيقا لمصلحة المرفق .

وفى تأييد ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها بجلسة ٩ مايو ١٩٥٩ « أن المشرع رأى رغبة منه فى تمكين الإدارة من الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لأموال الدولة – إجازة المفاوضة بعد فتح المظاريف مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مقترنا بتحفظ أو تحفظات وكانت القيمة الرقمية لأقل عطاء غير المقترن بشىء من ذلك تزيد كثيرا على العطاء المقترن بتحفظات . وذلك لكى ينزل عن كل تحفظاته أو بعضها بما يوفق بين عطائه وشروط المناقصة قدر الاستطاعة ويجعله أصلح من العطاء الأقل غير المقترن بأى تحفظ ، فإذا رفض جاز التفاوض مع من يليه ، ذلك لأن صاحب أقل عطاء – مالم يستبعد – هو فى الأصل صاحب الحق فى إرساء المناقصة عليه إذا كان عطاؤه مناسبا ولأن تعديل عطائه إلى ما هو أقل أو إلى ما يجعله متمشيا مع مواصفات المناقصة وشروطها لا ضير منه على أى من أصحاب العطاءات الأخرى ، ولا يخل بقاعدة المساواة الواجبة . بالنسبة إليهم » (1) .

ويجب أن يصدر القرار بمفاوضة مقدم العطاء الأقل للنزول عن مجمل تحفظاته أو بعضها من السلطة المختصة بالاعتماد وذلك بعد أخذ رأى لجنة البت ، وفقا لما تقضى به المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ .

وبعد المفاوضة نكون أمام فرضين : **الفرض الأول** : يتمثل فى قبول مقدم العطاء النزول عن تحفظاته ، وهذا الفرض لا يثير مشكلة فمقدم العطاء

---

(١) المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٥٩/٥/٩ ، المجموعة س ٤ ، ص ١٢٥٢ .

يظل أيضا صاحب الحق الأول فى التعاقد مع جهة الإدارة ويعتبر هو العطاء الفائز فى المناقصة .

أما الفرض الثانى : فهو اصرار مقدم العطاء على التمسك بتحفظاته كلها أو بعضها . وهنا تكون السلطة المختصة مخيرة إما بالتعاقد مع مقدم العطاء مع وجود التحفظات أو تقوم بالغاء المناقصة .

على أنه لا يجوز لها فى رأينا أن تتجاوز إرساء المناقصة على هذا العطاء الأقل للذى يليه ، لأن ذلك يعتبر متناقضا مع منطق الإسناد بمقتضى السعر الأقل ، فالعطاء المقترن بالتحفظات هو العطاء الأقل سعرا بالرغم من وجود التحفظات التى كانت محلا للتقييم ماليا . وتم إضافة قيمتها إلى قيمة العطاء الفعلية ورغم ذلك كان هو العطاء الأقل سعرا .

وعلى خلاف ما يذهب إليه القانون المصرى من جواز مفاوضة مقدم العطاء الأقل سعرا للنزول عن كل أو بعض تحفظاته . فإن قانون اليونسترال نص فى المادة ٣٤ منه على أنه « لا يجوز أن تجرى أية مفاوضات بين الجهة المشترية ومورد أو مقاول بشان عطاء قدمه المورد أو المقاول .. » .

وعلى ذلك إذا كان العطاء مقترنا بتحفظات معينة لا تخرج عن كونها انحرافات ثانوية لا يترتب عليها تغيير أو انحراف جوهرى عن الخصائص والأحكام الواردة فى المناقصة ، فانها وفقا – لما يذهب إليه قانون اليونسترال – تقيم ماليا ويتم إضافتها إلى سعر العطاء . ويصبح السعر المأخوذ به محلا للتفضيل بين العطاءات هو السعر الفعلى مذافا إليه قيمة التحفظات .

وعلى ذلك تنص المادة ٣٢-٢-ب « يجوز للجهة المشترية أن تعتبر العطاء إيجابيا حتى وإن احتوى على انحرافات ثانوية لا يترتب عليها تغيير أو انحراف جوهرى عن الخصائص والأحكام والشروط وغيرها من الاشتراطات المنصوص عليها فى وثائق التماس العطاءات أو احتوى على أخطاء أو جوانب

سهو يمكن تصحيحها دون الإخلال بجوهر العطاء وبقدر الإمكان تقـدر هـذه الانحرافات كميا وتؤخذ فى الحسبان على النحو المناسب فى تقييم العطـاءات والمقارنة بينها » .

وتنص المادة ٣٢-٤ من مشروع قانون اليونسترال على كيفية تحديـد العطاء الأول على الوجه التالى :

أ – تقيم الجهة المشترية العطاءات التى قبلت وتقارن بينها بغية التحقق من العطاء الفائز على النحو الذى عرف به فى الفقرة الفرعية (ب) مـن هـذه الفقرة وذلك وفقا للإجراءات والمعايير التى تنص عليها وثائق التماس العطاءات ، ولا يستخدم أى معيار لم يبين فى وثائق التماس العطاءات .

ب – يكون العطاء الفائز إما :

١- العطاء الذى يعرض السعر الأدنى مع مراعاة أى هامش تفضيـل يطبق عملا بالفقرة الفرعية (د) من هذه الفقرة أو

٢- إذا كانت الجهة المشترية قد نصت على ذلك فى وثـائق التمـاس العطاءات العطاء المقيم على أنه أدنى عطاء استنادا إلى معايير نصت عليـها وثائق التماس العطاءات . وهى معايير يجب أن تكون إلى أقصى حد ممكـن موضوعية وقابلة للتقدير الكمى وأن تعطى وزنا نسبيا فى إجراءات التقييم أو يعبر عنها بمبالغ نقدية حيثما أمكن ذلك .

ج – للجهة المشترية عند تحديد العطاء المقيم على أنه أدنى عطاء وفقا للفقرة الفرعية (ب) من هذه الفقرة أن تخص باعتبارها حصرا ما يلى :-

١ – سعر العطاء مع مراعاة أى هامش تفضيل يكون مطبقـا عمـلا بالفقرة الفرعية (د) من هذه الفقرة .

٢- تكاليف تشغيل وصيانة وإصلاح السلع أو الإنشاءات ، والوقت اللازم لتسليم السلع أو انجاز الإنشاءات . والخصائص الوظيفية للسلع أو الانشاءات وشروط الدفع وشروط الضمانات المتصلة بالسلع أو الإنشاءات .

٣ - التأثير الذى يحدثه قبول العطاء على مركز ميزان المدفوعات وعلى احتياطى العملات الأجنبية فى هذه الدولة. وترتيبات التجارة المتكافئة التى يعرضها الموردون أو المقاولون ومدى العنصر المحلى . بما فى ذلك الصنع والأيدى العاملة والمواد فى السلع التى يعرضها الموردون أو المقاولون واحتمالات التنمية الاقتصادية التى توفرها العطاءات بما فى ذلك الاستثمار المحلى . أو أى نشاط تجارى آخر وتشجيع العمالة وحجز عمليات انتاج معينة للموردين المحليين ونقل التكنولوجيا وتنمية المهارات الإدارية والعلمية والتشغيلية ..

٤ - اعتبارات الدفاع والأمن الوطنيين .

الفرع الثانى

مدى التزام الإدارة بترسية المناقصة على العطاء الأقل سعراً

إن مبلغ إجراءات المناقصة منذ بدايتها حتى نهايتها هو التعاقد مع صاحب العطاء الأقل سعراً والأنسب شروطاً حسب به ما تقضى به شروط المناقصة وتقدره جهة الإدارة المتناقصة . على أن السؤال الذى يطرح نفسه إذا ما بلغت إجراءات المناقصة منتهاها هل تكون جهة الإدارة ملزمة بالترسية على العطاء الأقل سعراً ؟ أم أن القانون قد ترك لها سلطة تقديرية فى هذا الشأن ، وإن شاءت أرست المناقصة ، وإن شاءت أنهت المناقصة بدون ترسية سواء بالغائها أو بتحويلها إلى ممارسة .

وعلى ذلك ينبغى علينا أن نبين من ناحية أولى : سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة ومن ناحية ثانية : نبين مدى جواز تحويل المناقصة إلى ممارسة ، وذلك على الوجه التالى :

أولا : سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة :

بداءة يجب أن نفرق بين فرضين : **الفرض الأول** : حالة وجود نص سواء فى القانون أم فى الإعلان الخاص بالمناقصة ينص على حق الإدارة فى إلغاء المناقصة ، **أما الفرض الثانى** : حالة عدم وجود مثل هذا النص وتقدر الإدارة بمطلق سلطتها التقديرية إلغاء المناقصة . وسوف نتناول كلاً من الفرضين بالشرح والتفصيل على النحو التالى :

١- إلغاء المناقصة بناء على نص فى القانون :

فى الحقيقة يعتبر إلغاء المناقصة فى هذا الفرض نتيجة لعدم توافر شروطها فى العطاءات المقدمة ، وقد نص القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فى مادته الخامسة عشر على أنه « تلغى المناقصة قبل البت فيها إذا استغنى عنها

نهائياً أو اقتضت المصلحة العامة ذلك كما يجوز إلغاؤها فى أى من الحـــالات الآتية :

(أ) إذا لم يقدم سوى عطاء وحيد أو لم يبق بعد العطاءات المستبعدة إلا عطاء واحد .

(ب) إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات .

(ج) إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية .

ويكون الإلغاء فى هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء علـــى توصية لجنة البت ويجب أن يشتمل القرار على الأسباب التى بنى عليها » .

وعلى ذلك يمكن تقسيم حالات إلغاء المناقصة وفقا لما يحدده هذا النص إلى إلغاء المناقصة بعد النشر عنها وقبل البت فيها بقرار من السلطة المختصـــة ، وحالات أخرى تلغى فيها المناقصة بعد البت فى العطاءات وذلك على الوجــه التالى :-

أ – إلغاء المناقصة قبل البت فيها :

ويكون ذلك فى حالتين :

الأولى : إذا رأت الإدارة الاستغناء عن المناقصة ، فمـــن المعلـــوم أن جهة الإدارة تلجأ إلى المناقصة لكى توفر حاجة المرفق ســـواء تمثلـــت فـــى توريدات أو إنشاءات أو غير ذلك ، فإذا أعلنت الإدارة عن حاجتها للمناقصـــة وبعد ذلك رأت الاستغناء عنها ، فان القانون يعطى لها الحق فى إلغـــاء هـــذه المناقصة .

الثانية : إذا اقتضت المصلحة العامة إلغاء المناقصة ، وهو أمر تقـــدره الإدارة ، فقد تؤدى المناقصة إلى تآكل الاعتمادات المالية المخصصة لـــلإدارة

ومن ثم ترى الإدارة إلغاء المناقصة ، أو تقدر أن اللجوء إلـــى أسـلوب آخــر للتعاقد قد يمكنها من تحقيق هدفها وتحقيق المصلحة العامة أكثر من المناقصة .

ويشترط لإلغاء المناقصة فى هاتين الحالتين ما يلى :

١- أن يكون الإلغاء قبل البت فى المناقصة ، ونرى أن ذلك يعنى قبل فتح المظاريف ، ذلك أن عمل لجنة فتح المظاريف ما هـــو إلا فـــى حقيقتـــه استهلال لعمل لجنة البت ، فإذا قامت لجنة فتح المظاريف فـــلا يصـــح إلغـــاء المناقصة استناداً إلى هاتين الحالتين . وإن جاز الإلغاء تطبيقاً لحالات أخـــرى سوف نعرض لها فيما بعد .

٢- يجب أن يكون قرار إلغاء المناقصة صادراً من السلطة المختصـــة ويجب تسبيبه ، فإذا صدر القرار بغير تسبيب أو صدر لسبب لم يحدده القـــانون جاز الطعن عليه بالإلغاء أمام مجلس الدولة على الوجه المبين فى القانون .

ب - إلغاء المناقصة بعد البت فيها :

يقصد بالبت هنا المرحلة التى تبدأ بفتح المظاريف ، وترتيبها ثم تحديـد العطاء الأول « الأقل سعراً والأنسب شروطاً » توطئة لإرســـاء المناقصـــة ، ونص القانون فى المادة ١٧ منه على حالات إلغاء المناقصة بعد البت فيها وهى كما يلى :

العطاء الوحيد :

فإذا تقدم فى المناقصة عطاء وحيد أو أصبح الأمر كذلك بعد اســـتبعاد العطاءات غير المطابقة لشروط المناقصة أو لغير ذلك من حـــالات الاســتبعاد ففى هذه الحالة لا تتحقق الحكمة من إجراء المناقصة ، والتى تفــرض تنـــافس عدد أكثر من العطاءات مما يمكن جهة الإدارة من التفضيل بين هذه العطاءات.

ففى هذه الحالة أجاز القانون لجهة الإدارة ممثلة فى السلطة المختصة إلغاء المناقصة بقرار مسبب ، ولا شك أن السبب فى هذه الحالة هو وجود العطاء الوحيد .

على أنه يجدر التساؤل عن مدى سلطة الإدارة فى إرساء المناقصة على العطاء الوحيد المقدم فيها ؟ أجابت عن ذلك المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على أنه « .. ويجوز بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط الآتية :-

١- أن تكون حاجة العمل لا تسمح بإعادة طرح المناقصة أو لا تكون ثمة فائدة ترجى من إعادتها .

٢- أن يكون العطاء الوحيد مطابقاً للشروط ومناسباً من حيث السعر ..

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن إلغاء المناقصة فى حالة التقدم بعطاء وحيد أمر جوازى لرئيس المصلحة وفى حالة عدم الإلغاء لا يوجد ثمة مانع من قبول العطاء الوحيد إذا توافرت الشروط التى تطلبها المشرع لذلك[1].

إذا اقترنت كل العطاءات أو أكثرها بتحفظات :

فى هذه الحالة أجاز القانون للسلطة المختصة إلغاء المناقصة بقرار مسبب على أن الأمر جوازى للإدارة ، فلها أيضاً أن تقوم بمفاوضة أصحاب هذه التحفظات حتى ينزلوا عن تحفظاتهم وتصبح عطاءاتهم مقبولة ، أو يتفق على حل وسط بخصوص هذه التحفظات ، أما إذا كانت هذه التحفظات تخالف شروط المناقصة فإن الإدارة تستطيع إلغاء المناقصة .

---

(١) الطعن رقم ٨١٢ لسنة ١٣ ق بتاريخ ١٩٦٩/٢/١ المجموعة - س ١٤ - ص٣١٣

إذا كانت قيمة العطاء الأقل تزيد على القيمة التقديرية :

وهنا قدر المشرع منعاً للتواطؤ بين المقاولين أو الموردين للإدارة جواز إلغاء المناقصة إن كان أقل العطاءات سعراً يتجاوز السعر المقدر سلفا ، فهنا لا تضيف المناقصة أية ميزة لجهة الإدارة بل على العكس فهى تضيف إليها أعباء زيادة سعر العطاء عن السعر الذى سبق تقديره .

على أنه لا يجوز أن تتخذ الإدارة ذلك ذريعة لإلغاء المناقصة أو المزايدة للحصول على ثمن أقل أو أعلى حسب الأحوال ، وهذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا حيث قضت « ... وإذا لم تقم بالمزايدة إحدى الحالات التى تجيز إلغاؤها وفقا لأحكام القانون فإنه ما كان يجوز إلغائها وعدم الاعتداد بنتيجتها تمهيداً لإعادة المزايدة بقصد الوصول إلى ثمن أعلى بل كان يتعين وفقا لأحكام القانون ولائحة المناقصات والمزايدات اعتماد إرسائها على المدعى ما دام قد تقدم بأفضل العطاءات وقام بالتزامه بإكمال التأمين المقدم منه ... ويكون القرار الصادر بإعادة المزايدة وما يترتب عليه من إجراءات انتهت بإرسائها على غير المدعى – مخالفاً للقانون » (١) .

ويمكن للجنة البت أن تسترشد بالأثمان الأخيرة التى سبق التعامل بها محلياً أو خارجياً عند تحديد مدى ملائمة السعر فى المناقصة أو المزايدة .

وعلى ذلك كانت تنص المادة ٢٩ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ الملغى على أنه « يجب عند البت فى العطاءات أن تسترشد اللجنة بالأثمان الأخيرة السابق التعامل بها محلياً أو خارجياً ويجب بيان هذه الأثمان بكشف التفريغ مع ذكر تاريخ التعامل كما يجب الاسترشاد أيضاً بأسعار السوق ، ويقع على عاتق إدارة المشتريات مسئولية الحصول على هذه الأسعار وعلى

---

(١) الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٣١ ق جلسة ١ مارس ١٩٨٦ المجموعة – س ١٤ ص٣١٢.

اللجنة إذا رأت إلغاء المناقصة وإعادتها لارتفاع الأسعار أن يكون ذلك بقـــرار مسبب تفصيلاً وأن ترافق أوراق المناقصة الملغاة أوراق المناقصة الجديدة » .

على أن هذا الفرض يثير تساؤلاً عكسياً عن مدى جواز إلغاء المناقصة أو المزايدة إذا كان العطاء الأقل سعراً فى المناقصة أو الأعلـــى سـعراً فـــى المزايدة يقل أو يزيد حسب الأحوال عن سعر السوق بصـــورة كبـــيرة وغـــير منطقية تدعو إلى الارتياب فى مدى جدية صاحب العطاء وقدرته علـــى تنفيـذ الالتزامات التى تترتب على العقد الإدارى .

فى هذه الحالة سلم القضاء لجهة الإدارة بإلغاء المناقصة إذا استشـعرت عدم جدية مقدم العطاء وعدم مقدرته على تنفيذ التزامه ، وفى ذلـــك تقضـــى المحكمة الإدارية العليا بجلستها بتاريخ ١٩٨٧/٤/٢١ إلى أنه « يجـــوز إلغـــاء المناقصة بعد النشر وقبل البت فيها إذا اقترنت العطاءات أو أكثرها بتحفظـــات ولم تسفر مفاوضات لجنة البت مع مقدمى العطاءات عن قبوله التنازل عن تلك التحفظات خاصة إذا ما أخذ فى الاعتبار أن العطـــاءات التـــى قدمـت علـــى المناقصة الملغاة قد اقترن بعضها بشروط وتحفظات وبطرق يصعـــب معـــها مقارنتها بالعطاءات الأخرى ، كما أن بعضها كان أقل من القيمة السوقية بكثير وذلك نتيجة للمضاربة بين المقاولين مما يضفى عليها ظلالاً من عدم الجديـــة الأمر الذى كان يخشى معه – إذا ما اسندت إليهم الأعمال – أن يتوقفوا عـــن العمل أثناء التنفيذ وما قد يترتب على ذلك من الأضرار التى تلحـق بالشـركة وخطتها ومشروعاتها وأهدافها (١) .

---

(١) الإدارية العليا طعن رقم ٣٥٣١ ، وطعن ٣٥٣٤ لسنة ٣٢ ق جلســة ١٩٨٧/٤/٢١ الموسوعة الإدارية – المرجع السابق جـ ٣٥ ص ٣١٥ .

٢- سلطة الإدارة فى إلغاء المناقصة بغير نص فى القانون :

يثور التساؤل عن حق الإدارة فى إلغاء المناقصة فى غير الحالات التى حددها القانون بنص صريح على الوجه الذى سبق وأن حددناه فى الحقيقة يجب تقرير أصل عام وهو أن القاعدة العامة . تستوجب إكمال إجراءات المناقصة حتى نهايتها ، فإلغاء المناقصة والالتفات عن إكمال إجراءاتها يعد امرا استثنائيا يجب أن يكون محكوما فى إطار الاستثناء .

فالإدارة عندما تعلن عن إجراء مناقصة وتتكبد مصاريف عديدة فى هذه الإجراءات لم تكن تقصد بطبيعة الحال الهزل أو اللهو وإنما تقصد إبرام عقد إدارى مع صاحب العطاء الفائز وفقا للشروط المعلنة فى المناقصة ، كما أنه على الناحية الأخرى فان إلغاء المناقصة يصيب من يتقدم بعطائه بضرر ، وقد تختلف درجة هذا الضرر باختلاف أهمية المناقصة ، فقد يقوم بدراسات أو أعمال استشارية معينة قبل التقدم بعطائه بقصد أن يكون عطاؤه سليما أقرب للقبول والفوز فى المناقصة .

كل هذه الاعتبارات تجعل من إلغاء المناقصة إجراء استثنائيا لا يجوز اللجوء إليه إلا فى حالات الضرورة .

وبناء على ما تقدم فإنا نرى أنه لا يجوز للإدارة أن تلغى المناقصة بعد الإعلان عنها إلا فى الحالات التى حددها القانون وسبق بيانها ، وأيضا فى الحالتين الآتيتين :

الأولى : عدم توافر الشروط التى أعلنتها الإدارة فى المناقصة فى العطاءات المقدمة إليها ، وهذا أمر طبيعى .

الثانية : حالة النص فى شروط المناقصة على حق الإدارة فى إلغاء المناقصة ففى هذه الحالة تحتفظ الإدارة بهذا الحق فى مواجهة مقدمى العطاءات الذين قبلوا التقدم بعطاءاتهم على هذا الأساس ومع وجود هذا الشرط .

على أنه فى كل الأحوال يجب أن يصدر الإلغاء من السلطة المختصة وبقرار مسبب حتى يتمكن القضاء من مراقبة صحة هذه الأسباب .

ومن ناحية أخرى يمكن إثارة مسئولية الإدارة بالتعويض عن الضرر الذى يصيب مقدم العطاء من جراء إلغاء المناقصة إلغاء يخالف القانون ، كأن يكون الإلغاء بغير سبب أو بسبب غير صحيح ويكون ذلك وفقا لقواعد المسئولية الإدارية غير التعاقدية (١) .

لم يسلم قانون اليونسترال بحق جهة الإدارة فى إلغاء المناقصة إلا فى حالة واحدة فقط وهى الحالة التى تنص فيها فى وثائق الإعلان عن المناقصة على حقها فى ذلك . وهو ما تنص المادة ٣٢-١ على أنه « .. إذا كانت وثائق التماس العطاءات تنص على ذلك ، جاز للجهة المشترية أن ترفض جميع العطاءات فى أى وقت قبل قبول أحد العطاءات وعلى الجهة المشترية عند الطلب أن تبلغ أسباب رفضها جميع العطاءات لأى مورد قدم عطاء ولكنها ليست ملزمة بتبرير تلك الأسباب.

وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه لا تتحمل الجهة المشترية أية مسئولية لمجرد تذرعها بالفقرة (أ) من هذه المادة تجاه المقاولين أو الموردين الذين قدموا عطاءات » .

ثانيا .. مدى جواز تحويل المناقصة إلى ممارسة :

لا شك أنه فى نظام الممارسة تكون الإدارة أكثر حرية فى اختيار المتعاقد معها ، فإذا كان القانون الجديد قد سوى بين المناقصة العامة والممارسة العامة من حيث سلطة الإدارة فى اللجوء إلى أيهما كما أخضع الممارسة العامة لذات القواعد التى تخضع لها المناقصة العامة . إلا أنه يبقى فى نظام الممارسة

---

(١) انظر مؤلفنا فى مسئولية الدولة غير التعاقدية ، قضاء التعويض ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية .

العامة تتوافر للإدارة مرونة أكثر فى مفاوضة وممارسة مقدمى العطاءات تمهيدا للتعاقد مع أحدهم إن كانت لجنة الممارسة مخولة بالتعاقد معهم ، أو رفع تقرير إلى السلطة الأعلى للنظر فى نتيجة الممارسة .

ومما سبق يتضح اختلاف نظام الممارسة عن نظام المناقصة ، فالإدارة فى نظام الممارسة لا تلتزم بالترسية على صاحب العطاء الأقل سعرا على خلاف ما يقضى به منطق المناقصة التقليدى .

وإزاء هذا الاختلاف بين إجراءات المناقصة وإجراءات الممارسة يثور التساؤل عن سلطة لجنة البت أو السلطة المختصة بالاعتماد فى تحويل المناقصة إلى ممارسة ؟

ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى أنه « ومن حيث إن المستفاد من أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات أن المشرع حدد حصر أساليب التعاقد وهى المناقصة العامة والمناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة والأمر المباشر ، ورسم لكل أسلوب منها حدوده وبين حالاته والإجراءات التى يقتضيها الأخذ به ومن خلاله ومن ثم يكون لكل من هذه الأساليب مجال إعماله الذى لا يجوز أن يختلط بغيره من الأساليب .

ومن حيث إنه متى كانت القاعدة فى المناقصة العامة هى قيامها على أساس من مبادئ العلانية والمساواة وحرية المنافسة ، فانه مما يتعارض مع هذه المبادئ إجبار المتناقصين على الدخول فى الممارسة بعد أن تعلقت حقوقهم بالمناقصة التى يجب أن تكون الأساس فى اختيار العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا .

ومن حيث أنه كان ذلك ، وكان البادى من أحكام قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، أنه ولئن كانت للممارسة حالاتها وليس من بينها تحويل المناقصة العامة إلى ممارسة وأنه بفتح المظاريف المقدمة فى المناقصة

العامة يحظر الدخول فى مفاوضات مع أحد مقدمى العطاءات فى شأن عطائــه إلا فى الحدود المقررة للجنة البت والتى لا تجاوز مناقشة مقدم العطاء الأقــل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عنها كلها أو بعضها ومفاوضــة صــاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للوصول إلى مستوى أسعار الســوق ، وأن إلغاء المناقصة له حالاته الثلاث الواردة بنص المادة ١٢ من هذا القانون ويتــم هذا الإلغاء بقرار مسبب من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البــت ، وان طرح العملية فى ممارسة يتم بقرار من سلطة الاعتماد المختصة ... ولمــا كان ذلك فإنه لا يجوز للجنة البت ولا للسلطة المختصة بالاعتمــاد أن تحــول المناقصة العامة إلى ممارسة وكل ما يمكن اتباعه إذا ما تبين أن الاستمرار فى المناقصة يتعارض مع الصالح العام أن توصى لجنة البت بإلغاء المناقصة بعــد التثبت من قيام إحدى الدواعى المبررة للإلغاء ، ويعقب ذلــك صــدور قــرار مسبب من السلطة المختصة ، فإذا ما حدث ذلك ، أمكن للسلطة المختصة طرح العملية فى ممارسة متى تحققت إحدى الحالات التى يجوز الممارسة فيها طبقــا لنص المادة (٥) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات .

ومن حيث إنه تبعا لما تقدم ، فإنه يكون للجنة البت بهيئــة المحطــات النووية لتوليد الكهرباء أن توصى بإلغاء المناقصة العامــة المشــار إليــها إذا تحققت إحدى الحالات التى استلزمها القانون لإجراء الإلغاء ، ويكون للســلطة المختصة اعتماد ذلك وإصدار قرار مسبب بالإلغاء ولها إعادة طرح العملية فى ممارسة بعد التحقق من توافر شروطها ، لذلك ، انتهى رأى الجمعية العموميــة لقسمى الفتوى والتشريع إلى ما يأتى :

أولا : عدم جواز تحويل المناقصة العامة إلى ممارســة فــى الحالــة المعروضة .

ثانيا : يجوز للسلطة المختصة فى هذه الحالة أن تلغى المناقصة ثم تعيد طرح العملية فى ممارسة إذا توافرت الشروط التى يتطلبها القانون ([1]) .

وهو الاتجاه الذى رجحه المشرع بالنص عليه فى المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على « .. لا يجوز فى أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة » .

وفى حقيقة الأمر فإننا لا نوافق على ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بصدد عدم جواز تحويل المناقصة إلى ممارسة ، – على الرغم من أن المشرع أيد ذلك – ونرى أنه إذا كان للجنة البت أو السلطة المختصة بالاعتماد سلطة إلغاء المناقصة فى الحالات التى حددها القانون . فانه يبقى لها من باب أولى سلطة تحويل المناقصة إلى ممارسة فى هذه الحالات ، وذلك بشرط التقيد بالأحكام التى حددها القانون لنظام الممارسة .

---

(١) ملف رقم ٢٦٠/١/٥٤– جلسة ٢١ مارس ١٩٩٠ – سابق الإشارة إليها .

المطلب الثالث

سلطة الإدارة فى اعتماد ترسية المناقصة بمقتضى السعر الأقل

بعد انتهاء لجنة البت من عملها ، وتحديد صاحب العطاء الأقل سعرا والأنسب شروطا من الناحية الفنية وترشيحه للتعاقد مع جهة الإدارة ، ممثلة فى سلطة الاعتماد التى تختص بابرام العقد الإدارى مع صاحب العطاء الأقل سعرا كما حددته لجنة البت .

يثور التساؤل عن حدود سلطة جهة الاعتماد المختصة بإبرام العقد الإدارى ، هل يجوز لها أن تمتنع عن إبرام العقد الإدارى واعتماد نتيجة لجنة البت فى ترسية المناقصة على عطاء بعينه ؟ أم أنها ليست لها ثمة سلطة تقديرية فى هذا الخصوص .

من المسلم أن لجنة البت لا تملك سلطة تقديرية فى ترسية المناقصة على عطاء معين ، بل هى ملتزمة بنص القانون ترسية المناقصة على العطاء الأقل سعرا ، فالمادة ١٦ من قانون تنظيم المناقصات العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على أنه « يجب ... إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحى الفنية والمالية » ولا يقدح – فيما سبق – أن للجنة سلطة استبعاد العطاءات غير المطابقة لشروط المناقصة أو وفقا لسلطتها التقديرية فى الاستبعاد – كما سبق أن بينا – فذلك أمر مختلف .

وفى مقابل غل يد لجنة البت عن سلطة التقدير فى ترسية المناقصة من عدمها فان القانون أعطى لسلطة الاعتماد المختصة سلطة تقديرية فى اعتماد نتيجة المناقصة .

فالمادة ٢٨٧ فقرة ثانية من تقنين العقود الفرنسى تقــرر حــق ســلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة ([1]) .

وعلى الرغم من خلو القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية من نص مماثل لما ورد فى القانون الفرنسى إلا أن القضاء الإدارى المصرى يسلم بهذا الحق لسلطة الاعتماد المختصة فلها أن تبرم العقد وتعتمد نتيجة الترســية التى حددتها لجنة البت ولها أن تقدر عدم إبرام العقد ، ومن ثم تعتبر المناقصــة ملغاة .

وإلى ذلك تذهب محكمة القضاء الإدارى ، ففى حكم لها قررت أنه « لا نزاع فى أنه للجهات الإدارية سلطة تقديرية فى إبــرام العقــود بعــد فحــص العطاءات وإرسائها على المتعهدين ، ذلك أن طرح المناقصة فــى الســوق ، وتقديم العطاءات عنها وفحصها وإرسائها على صاحب أفضل عطاء ، كل ذلـك ما هو إلا تمهيد للعقد الذى تبرمه الحكومة مع المتعهد ومن ثم فهى تملك كلمــا رأت أن المصلحة العامة تقضى بإلغاء المناقصة والعدول عنها دون أن يكــون لصاحب العطاء أى حق فى إلزامها بإبرام العقد .. » ([2]) .

وهو أيضا ما قررته المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها بتــاريخ ١٣ فبراير ١٩٦٠ من أنه « وقرار لجنة البت بإرساء المناقصة على أحد المتقدمين ليس الخطوة الأخيرة فى التعاقد ، بل ليس إلا إجراء تمهيديا فى عمليــة العقــد الإدارى المركبة ، ثم بعد ذلك يأتى دور الجهة المختصة بإبرام العقد فــإذا رأت أن تبرمه فإنها تلتزم بإبرامه مع المناقص الذى عينته لجنة البت واختصاصــها فى هذه الحالة اختصاص مقيد حيث تلتزم بالامتناع عن التعاقد مع غــير هــذا

---

(١) De Laubadere : op. Cit. P. 629

Quancard (M) : op. Cit. P. 174 .

(٢) محكمة القضاء الإدارى القضية رقم ٢٥١ لســنة ١٣ ق مجموعــة المبــادئ س١٤ ص١٨٢ .

المناقص ، ولا تستبدل غيره ، إلا أنه يقابل هذا الاختصاص المقيد سلطة تقديرية هى حق هذه الجهة فى عدم إتمام العقد وفى العدول عنه إذا ثبتت ملاءمة ذلك لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة »([1]) .

وحق الإدارة فى رفض اعتماد المناقصة وإبرام العقد مع صاحب العطاء الأقل سعرا يعتبر عملا تمارسه بمقتضى سلطتها التقديرية ، والتى يجوز الطعن على قراراتها فى هذا الشأن أمام مجلس الدولة إلغاء وتعويضا بحسبانها قرارات إدارية .

على أنه يجدر التساؤل عن ضرورة تسبيب القرار الصادر بعدم اعتماد نتيجة عمل لجنة البت وهى الترسية على متناقص بعينه ؟ يذهب الرأى الراجح فى الفقه إلى عدم التزام الإدارة بتسبيب قرارها باستبعاد نتيجة المناقصة وعدم إبرام العقد ، وإذا لجأت إلى هذا التسبيب فان رقابة القضاء الإدارى تمتد إلى مراقبة هذه الأسباب من حيث وجودها من الناحية المادية وسلامتها من الناحية القانونية ([2]) .

على أننا نخالف هذا الرأى ، ونرى ضرورة تسبيب قرار عدم اعتماد نتائج لجان البت فى المناقصة ، والالتفات عن إبرام العقد مع صاحب العطاء

---

(١) المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم ٣١٣ س٤ ق جلسة ١٣ فبراير ١٩٦٠ ، وأيضا حكمها فى الطعن رقم ٤٥٦ لسنة ١٧ جلسة ١٩٧٥/٤/٥ حيث جاء فيه : «لجنة البت سواء فى المناقصة أو المزايدة إنما تختص باتخاذ ما يلزم من الإجراءات لتعيين أفضل المناقصين أو المزايدين وفقا لما رسمه == == القانون وذلك حتى يتسنى للسلطة الإدارية المنوط بها ابرام العقد مباشرة اختصاصها فى هذا الشأن ».

(٢) Quancard : (M) : op. Cit. P. 175 et s .

أحمد عثمان عياد - المرجع السابق ص ١٨٠ - عبدالفتاح ابوالليل - أساليب التعاقد الإدارى ١٩٩٤- دار النهضة العربية - ص ٣١١ - سليمان الطماوى - المرجع السابق - ص٣١٤ .

الأقل سعرا . وذلك قياسا على ما ورد فى المادة ١٥ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على أنه « تلغى المناقصة قبل البت فيها إذا استغنى عنها نهائيا أو اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما يجوز الغاؤها فى أى من الحالات الآتية : ... ويكون الإلغاء فى هذه الحالات بقرار من السلطة المختصة بناء على توصية لجنة البت ويجب أن يشتمل القرار على الأسباب التى بنى عليها » .

ومن ناحية ثانية ، فإن « القواعد التى تحكم إجراءات المناقصة لا تعتبر مجرد قواعد مصلحية داخلية للإدارة إن شاءت تمسكت بها وإن شاءت تنازلت عنها ، ولكنها قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء وقصد بها كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين جميعا ، وبذلك فان هذه القواعد بمثابة أحكام قانون التعاقد فى موضوع المناقصة ، فتلتزم بها الإدارة والأفراد على السواء ويترتب على مخالفتها بطلان ما تصدره الإدارة من قرارات .

فلا يصح – والحال كذلك – أن تتكبد الإدارة مصاريف إجراء المناقصة ، وهى كما سبق وبينا إجراءات طويلة ومحكومة بمبادئ وإجراءات قانونية محددة ، وبعد ذلك ترفض سلطة الاعتماد إبرام العقد بلا سبب ، فان كان ثمة سبب فيجب أن تعلنه حتى يتسنى للقضاء مراقبته ، تحقيقا للمصلحة العامة .

وإذا كان للإدارة – ممثلة فى سلطة الاعتماد المختصة – سلطة تقديرية فى التعاقد مع صاحب العطاء الأقل سعرا والأنسب شروطا كما حددته لجنة البت على الوجه الذى – بيناه فيما سبق – فإنها لا تستطيع أن تتعاقد مع غيره من المتناقصين ، بمعنى أنه لا يجوز لها أن تقوم باستبعاد صاحب العطاء الأول لتتعاقد مع من يليه ، فهذا مخالف لإجراءات المناقصة وأحكامها التى نص عليها القانون . على أنه – فى كل حال – يجوز لها تصحيح ما وقعت فيه لجنة البت من أخطاء سواء كانت هذه الأخطاء مادية أم قانونية .

ومذهب القانون المصرى فى تخويل سلطة الاعتماد المختصـــة حـق رفض اعتماد المناقصة وإبرام العقد مع صاحب العطاء الأقل سعرا يتفق مـــع منطقه فى اعتبار القرار بإرساء المناقصة الصادر عن لجنة البت إجراء مـــن الإجراءات التمهيدية لعملية التعاقد .

وفى الواقع نحن لا نسلم بهذا المنطق ونرى ضرورة التســليم بانعقـاد العقد بمجرد صدور قرار الترسية فهو يجب أن يمثل قبـــول الجهـــة الإداريـــة للإيجاب الذى تمثل فى تقديم العطاء ، وفى هذه الحالة إن كان القانون قد تطلب ضرورة اعتماد سلطة إدارية أعلى ، فان ذلك - لا يمنع فى نظرنا - من انعقاد العقد ، وإنما يعتبر نفاذه موقوفا لحين تحقق الشرط الواقـــف وهـــو ضـــرورة الحصول على موافقة الجهة الأعلى ، هذا الرأى يحقق هدفين يتمثل أولهما فـــى إثارة مسئولية الإدارة العقدية إن هى نكصت على أعقابها ولم تقبل سريان العقد فى غير الحالات التى حددها القانون ، أما الهدف الثانى فيتمثل فى تقييد ســلطة الاعتماد المختصة فى رفض اعتماد نتيجة المناقصة لغير سبب يعتبره القانون .

ومذهب انعقاد العقد بمجرد الترسية هو ما يأخذ به قانون اليونســـترال حيث نصت المادة ٣٥-١ من قانون اليونسترال على أنه « يقبل العطاء الـــذى يكون قد تم التحقق من أنه العطاء الفائز وفقا للمادة ٤٢-٤-ب ويعطى إخطـــار قبول العطاء فورا إلى المرد أو المقاول الذى قدم العطاء » .

وتنص الفقرة ٢-١ من هذه المادة على أنه « يجوز أن تلـــزم وثـــائق التماس العطاءات المورد أو المقاول الذى قبل عطاؤه بالتوقيع على عقد اشتراء كتابى مطابق للعطاء ، وفى مثل هذه الحالات توقع الجهة المشترية مع المـــورد أو المقاول على عقد الاشتراء فى غضون فترة زمنية معقولـــة بعـــد إرســـاء الإخطار المشار إليه فى الفقرة (١) من هذه المادة إلى المورد أو المقاول .

وتنص المادة - ب من هذه المادة على أنه « فى حالة اقتضاء التوقيـــع على عقد اشتراء كتابى وفقا للفقرة الفرعية (أ) من هذه الفقـــرة يصبـــح عقـــد

الاشتراء نافذا متى وقع المورد أو المقاول والجهة المشترية على العقد ، وفي الفترة الواقعة بين إرسال الإخطار المشار إليه في الفقرة (١) من هذه المادة إلى المورد أو المقاول ونفاذ عقد الاشتراء لا يجوز للجهة المشترية ولا للمورد أو المقاول أن يتخذ أى إجراء يتعارض مع نفاذ عقد الاشتراء أو مع أدائه » .

وتنص الفقرة ٣ من المادة ٣٥ على أنه « إذا كانت وثائق التماس العطاءات تنص على أن عقد الاشتراء يتطلب موافقة سلطة عليا ، ولا يصبح عقد الاشتراء نافذا قبل صدور هذه الموافقة ، وتحدد وثائق التماس العطاءات الفترة الزمنية المقدرة التي يجب أن تفصل بين إرسال إخطار قبول العطاء وبين الحصول على الموافقة » والمستفاد من هذه النصوص ، أن قانون اليونسترال يميز بين نفاذ العقد وبين انعقاده .

فالعقد ينعقد بين الإدارة وبين مقدم العطاء الفائز بمجرد فوز عطائه وإخطاره بذلك ، على أنه يمكن أن يعلق نفاذ هذا العقد بين جهة الإدارة والمقاول أو المورد صاحب العطاء الفائز على شرط كتابة عقد بينهما ، ويجب أن يكون هذا العقد مطابقا للعطاء ، وأن تشترط الإدارة ذلك في وثائق الإعلان عن المناقصة .

كما يمكن لها أن تنص في وثائق الاعلان عن المناقصة على ضرورة موافقة سلطة عليا ، وهنا لا يصبح عقد الاشتراء نافذا إلا بعد تمام هذه الموافقة ، على أن هذا لا ينفى انعقاد العقد بمجرد تحديد العطاء الفائز ، ويبقى التصديق على العقد مرحلة أخرى تماما ، إذا تمت فان العقد ينفذ من تمامها وإذا رأت السلطة العليا عدم التصديق على العقد أصلا أو في الموعد المحدد فان ذلك يؤدى إلى فسخ العقد وإثارة مسئولية الإدارة العقدية .

المبحث الثالث

التطور الحديث على المبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل

رأينا كيف تتميز إجراءات المناقصة العامة بمبادئ تقليدية تقضى بجدية التقدم إليها وآلية الإسناد فيها بمقتضى السعر الأقل ، وكانت هذه المبادئ أكثر اتفاقا مع المذهب الفردى الذى كان سائدا حتى نهايات القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين ، فالمناقصة العامة بمبادئها التقليدية كانت تعلى مصلحة الإدارة المالية على كل اعتبار ، كما أنها كانت تتفق ومبدأ المساواة وحرية المنافسة وهما من المبادىء الرئيسية للمذهب الحر.

وقد ظل تطبيق إجراءات المناقصة العامة بمبادئها التقليدية فى فرنسا حتى صدور مرسوم سنة ١٩٤٢ ، فقد كانت القاعدة التقليدية فى الإسناد تقضى باختيار مقدم أقل سعر ، على أنه ما لبث أن تطور الأمر فى فرنسا لا سيما مع تعقد المواصفات الفنية لاحتياجات الإدارة وتطور الصناعة فقد أتضح أن السعر الأقل لا يكون دائما أقل تكلفة .

وبدأ هذا التطور يسير فى سبيل اعتبار السعر فى المناقصة أحد العناصر التى تحدد صلاحية عطاء معين بالقياس لحاجة المرافق الفنية وأصبح معيار اختيار العطاء الأصلح يدخل فيه معايير أخرى منها جودة المنتج - مدة التنفيذ وغيرها من العناصر التى تشكل صلاحية العطاء([1]) .

ولعل هذا التطور الذى حدث فى منطق المناقصة العامة ، وبالتحديد على المبدأ التقليدى للإسناد فيها نتج عن الانتقادات الشديدة التى وجهت إلى هذا المبدأ فقد اعتبر هذا المبدأ من ناحية أولى إجراء خطيرا dengereux إذ أنه قد يؤدى إلى التعاقد مع أشخاص غير أكفاء وغير مؤهلين لتلبية حاجة المرفق مما

---

(١) Le Clere Julien : les Marches de Foumituresop . cit. P. 67 .
quancard (M) : op. Cit. Pp. 225 ets .

يؤدي إلى تعطله وتوقفه وهو ما يؤدى إلى اعتبـــاره إجـراء مكلفـــا artifiel فتوقف العمل والبحث عن وسيلة لتسييره مرة أخرى يكلف الإدارة كثيرا مـــن الوقت والمال هذا بخلاف المنازعات القضائية كما أن هذا الإجراء يعتبر إجراء جامدا rigide إذ أنه يغل يد الإدارة عن اختيار المتعاقد معها على أسس يكون لسلطتها التقديرية دور فيها ، وأخيرا فان المبدأ التقليدى فى الإسناد يتناقض مـع الوظيفة الإدارية ، فالوظيفة الإدارية تبتغى فى كل حال تقديم خدمة عامة وقـــد يؤدى هذا المبدأ للأسباب الســـابقة – عـــدم تمكيـــن المرفـــق مـــن إداء هـــذه الخدمة (١) .

وإذا كانت هذه الاعتبارات قد أدت إلى تطـــور فـــى أســـاليب التعـــاقد الإدارى ، وسار هذا التطور فى اتجاهين مختلفين لتحقيق هدف واحد ، يتمثـــل فى ضرورة إعطاء الجهة الإدارية التى تنشد التعاقد مزيدا من الحرية فى تحديد شخص المتعاقد ، وذلك حتى تتمكن من اختيار المتعاقد الذى يلبى حاجة المرفق الفنية دون إهمال الاعتبارات المالية أيضا (٢).

الاتجاه الأول : تمثل فى استحداث صور جديدة للتعاقد تختلف فيما بينها فى مدى الحرية التى تعطيها لجهة الإدارة فى اختيار المتعاقد معها ، ومن ذلـــك أسلوب الممارسة وأسلوب الاتفاق المباشر ، وفى أحيان أخرى أخذ بنظام أوامر التكليف .

ومن الواضح أن هذا الاتجاه فى التطور قد هدم القواعد التقليديـــة فـــى المناقصة العامة ففى هذه الأنظمة يكون الأصل فيها هو حريـــة جهـــة الإدارة فى اختيار المتعاقد معها ، صحيح قد يختلف قدر هذه الحرية من نظـــام

---

(١) عبدالحميد حشيش – التطور الحديث للمبادىء العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – مجلة العلوم الإدارية السنة ٤ العدد ٢ يونيه ١٩٦٢ ص ٨٦.

(٢) Waline (Marcel) : L'evolùtion recente des rapports de l'etat avec ses co-contractants 57 annee pp. 15 - 16

إلى أخر ، إلا أنه اختلاف فى المدى وليس خلافا فى الطبيعة ، فحريـــة الإدارة فى أسلوب الاتفاق المباشر أكبر قدرا من الممارسة مثلا ، وفى اسلوب أوامـــر التكليف تكون مدى هذه الحرية أكثر من هذا وذاك .

أما الاتجاه الثانى : فقد عمد إلى التخفيف من جمود إجـــراءات المبـــدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل ، ومن ذلـــك علـــى ســـبيل المثـــال المناقصة عن طريق المناقصة ، والمناقصة على أساس العينة ، أو على أســـس الموازنة بين السعر والعينة ، كما نظم مشروع قانون اليونسترال مـــا يعـــرف بالمناقصة على مرحلتين .

على أنه بالرغم من هذا التطور ، تبقى القاعدة العامـــة فـــى النظـــام الفرنسى و المصرى وفى مشروع قانون اليونسترال هى اللجوء إلى المناقصـــة العامة فى الحدود التى سبق أن بيناها ، فعلى الرغم من ضراوة الهجوم عليـــها وعلى إجراءاتها ، إلا أن ما تتميز به من عدالة الإجراءات وضمان المنافســـة فيها أدت إلى اعتبارها الأصل فى التعاقد الإدارى .

ففى القانون المصرى تنص المادة الأولى على أن « يكون التعاقد علـــى شراء المنقولات ، أو على مقاولات الأعمال أو النقل ، أو على تلقى الخدمـــات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ويصدر باتباع أى من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقا لظروف وطبيعة التعاقد . ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب التعاقد بأحدى الطـــرق الآتية :-

أ) المناقصة المحدودة .

ب) المناقصة المحلية .

ج) الممارسة المحدودة .

د) الاتفاق المباشر .

نفس الاتجاه هو ما يذهب إليه مشروع قانون اليونسترال حيث نص فى المادة ١٦-١ على أنه « باستثناء ما ينص عليه هذا الفصل خلافا لذلك ، علـــى الجهة المشترية التى تزاول الاشتراء أن تقوم بذلك العمل عن طريق إجــراءات المناقصة » ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه يجوز للجهة المشترية التى تستخدم أسلوب اشتراء لا يقتصر على إجراءات المناقصة – أن تدرج بيانا عن الأسباب والظروف التى استندت إليها لتبرير استخدام الأسلوب المعنى مــن أساليب الاشتراء».

وترتيبا على ما سبق سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين على الوجـــه التالى :

المطلب الأول : التطور نحو التخفيف من جمود مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل .

المطلب الثانى : التطور نحو استحداث صور جديدة .

المطلب الأول

التخفيف من جمود مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل

سبق أن قلنا إن المبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل يبتغى فى المقام الأول تحقيق مصلحة الإدارة المالية ، على أنه ثبت فى أحيان كثيرة أن هذا المبدأ لا يؤدى إلى تحقيق هذا الهدف وذلك نظرا لتعقد حاجات الإدارة فى العصر الحديث سواء من حيث مواصفاتها الفنية أو من حيث ضخامة الكميات التى تحتاجها الإدارة .

بل أنه ثبت علميا أن التمسك بإعمال هذا المبدأ على إطلاقه وبآلياته التقليدية يؤدى إلى نتائج عكسية لا سيما وأنه قد يؤدى إلى التعاقد مع أشخاص غير مؤهلين وغير أكفاء سواء من الناحية المالية أو الناحية الفنية ، مما يؤدى إلى تعطل المرفق وتوقفه عن أداء دوره فى المجتمع مما يترتب عليه أسوأ الضرر .

وترتيبا على ما سبق : فقد أدى التطور إلى إدخال عناصر جديدة لتقييم العطاء بجوار السعر ، فلم يعد السعر هو المعيار الأوحد لأفضلية عطاء عن غيره ، وإنما أصبح السعر عاملا من العوامل التى تؤدى إلى تحديد أولوية العطاء ، ومن ذلك ضرورة تقديم عينة محددة يتحدد على أساسها مقدار السعر فى المناقصة ، كما أن درجة هذه العينة سواء من الناحية الفنية أم من الناحية الشكلية هى التى تحدد مدى قبول الإدارة للسعر المحدد فى العطاء ، ولا شك أن هذا التطور أدى إلى الاعتراف بالقيمة الفنية وضرورة توافر اشتراطات معينة فى المناقصة من الناحية الفنية ، على خلاف منطق السعر الأقل الذى لا يعترف إلا بالسعر المحدد فى العطاء .

كما أدى التطور من ناحية أخرى إلى النص فـــي كراســة الشــروط على ضرورة التقــدم بمظروفيــن يتضمــن الأول عرضــا فنيــا ، والثــانى عرضا ماليا .

ويتم دراسة هذين العرضين بمعرفة لجنتين تختــص الأولــى بتحليــل المظروف الفنى ، والثانية تتولى رصد العروض المالية ، ويكون ترتيب العطاء ناتجا عن دراسة المظروفين معا .

وهذا التطور سوف نبحثه فى فرعين :

الفرع الأول : المناقصة على أساس العينة أو على أساس الموازنة بين السعر والعينة .

الفرع الثانى : المناقصة على أساس تقديم عرض فنى وعرض مالى .

الفرع الأول

المناقصة على أساس العينة أو على أساس الموازنة بين السعر والعينة

المناقصة على أساس العينة هى l'adjudication sur echantillon مناقصة عامة ، تخضع لذات المبادئ التى تخضع لها المناقصة العامة ، إلا ما تعلق منها بكيفية الإسناد ، ففى المناقصة العامة يكون الإسناد بمقتضى السعر الأقل ، أما فى المناقصة على أساس العينة فان الإسناد يكون على مقدم العطاء الأفضل من حيث جودة العينة ومقدار السعر معا ، وحتى ولو لم يكن هذا العطاء هو الأقل سعرا (١) . ومن ثم فإن المناقصة على أساس العينة توفق بين الاعتبارات الفنية واعتبارات صالح الخزانة العامة .

والمناقصة على أساس العينة ، قد تأخذ صورة تحديد عينة من قبل جهة الإدارة وتطالب من المتناقصين تقديم عروض الأسعار بناء على هذه العينة ، ويكون الإسناد فى هذه الحالة لمن يقدم أقل سعر ، وفى هذه الصورة لا تعدو جودة العينة إلا شرطا من شروط المناقصة العامة يجب أن يلتزم بها مقدمو العطاءات .

أما الصورة الثانية : فهى المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والعينة L'adjudication sur coefficient وفى هذه الصورة يكون الإسناد على العطاء الذى يقدم الجودة المناسبة والسعر المناسب(٢) .

والمناقصة على أساس العينة أو الموازنة بين السعر والعينة مجالها الطبيعى عقود التوريد لأنه لا يتصور أن يكون هناك مناقصات على أساس العينة فى عقود المقاولات كالإنشاءات وغيرها .

---

(١) فؤاد العطار – المرجع السابق – ص ٢٧٤ .

(٢) Bonnard : op. Cit p. 162

ونظم القانون المصرى أسلوب المناقصة على أساس العينة ، حيث نصت المادة ١٤/١٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وهى بصدد تحديد وظيفة لجان فتح المظاريف على أن « مراجعة العينات السابق تقديمها من مقدمى العطاءات على الكشف الذى دونت به عند ورودها بعد التأكد من سلامة اختامها وغلافاتها ويوقعها رئيس اللجنة مع جميع أعضائها كما يوقعون على العينات التى ترد مع المظاريف الفنية بعد اثباتها فى كشف خاص وتسلم جميع العينات إلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص حسب الأحوال أسوة بأوراق العطاءات .

وتحدد المادة ١٩ والمادة ٢٠ من ذات اللائحة الإجراءات التى تتخذ بصدد العينات فيجب أن ترسل فورا أو فى خلال يومين إلى المعمل الفنى أو الجهة الفنية لإجراء التحليل المطلوب وإثبات مدى اتفاق أو اختلاف هذه العينة مع المواصفات والشروط التى حددتها كراسة الشروط.

ولجنة الفحص الفنى يجب أن تقوم بفحص العينات واختبارها وتكتب تقريرا عنها يبين النسبة المئوية للجودة وذلك حتى يمكن الوصول إلى أرخص الأسعار (١) . ويتولى تحليل العينات ، الجهات الحكومية أو المعامل التابعة

---

(١) تنص المادة – ١٩ تتولى إدارة المشتريات أو القسم المختص فرز عينات كل صنف وقيدها بالسجل الخاص بالعينات ويجب أن يبين بهذا السجل تاريخ المناقصة ونوعها وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم أن يرسل فورا أو فى خلال اليومين التاليين على الأكثر لتاريخ فتح المظاريف ما يقتضى أرساله منها إلى الجهة الفنية المختصة حتى يتسنى إجراء الفحص المطلوب على وجه السرعة وعند ورود التقارير الخاصة بها تدون جميع البيانات بالسجل المذكور أمام كل عينة ليعرض على لجنة البت .

كما تنص المادة ٢٠ على أن « يجب التحقق من مطابقة العينات المقدمة مع العطاءات للمواصفات أو العينات النموذجية ومدى ملاءمتها للغرض المطلوبة من أجله وذلك بالفحص النظرى أو الفنى أو بالتحليل المعملى أو بالتجربة العملية ==

لجهة الإدارة المتناقصة إلا إذا نص في إجراءات المناقصة على غير ذلك ، وفي ذلك تقضي المحكمة الإدارية العليا بجلسة ٢٨ ديسمبر ١٩٨٥ من أنه لا إلزام على القوات المسلحة بإجراء تحليل الأصناف الموردة إليها في غير المعامل المركزية للجيش طالما لم يتضمن العقد المبرم مع المورد نصا يوجب التحليل في جهة أخرى . «الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٢٤ ق» .

ويتضح مما سبق أن القانون المصري نظم الصورة الأولى من صور المناقصة على أساس العينة ، وما زال التطور الحادث على مبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل لم يبلغ منتهاه بعد في هذا المجال ، فوجود العينة في المناقصة العامة لا يخرج عن كونه شرطا من شروطها أو إحدى مواصفاتها الفنية ، وبعد ذلك يلجأ إلى السعر الأقل لإرساء المناقصة .

=بحسب الأحوال وذلك بمعرفة الجهة الإدارية أو بأي من الجهات الخاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات - وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يضع على العينات أرقاما سرية (مع مراعاة تعليمات الجهة الفاحصة) ويرسل معها كشفا تفصيليا ببيان مفرداتها والغرض الذي من أجله يراد شراء الصنف ومقدار الكمية المطلوبة منه .

ويجب توضيح ما قد يوضع عليها من أرقام سرية وأختام وتوقيعات لتميزها ولضمان عدم استبدال غيرها بها مع ذكر التاريخ المعين للبت في المناقصة وذلك لكي تقوم الجهة الفاحصة بفحصها وموافاة إدارة المشتريات بالنتيجة قبل التاريخ المذكور بوقت كاف يسمح بدراسة العطاءات على ضوء نتيجة فحص العينات ورفع التوصيات اللازمة للجنة البت في المناقصة في الميعاد المحدد . وعلى جهة الفحص الفني أن تقوم بفحص العينات واختبارها بالتتابع وأن تختمها وتضع عليها أرقاما سرية أخرى لتميزها وترسل عنها تقريرا وافيا بالنتيجة من حيث مطابقتها للمواصفات من عدمه ويبين به نسبة الجودة مئوية لكل عينة تم تحليلها وعلى مدير إدارة المشتريات أو رئيس القسم المختص أن يتحقق من حفظ تقارير المعمل الفني الى ترد تباعا بملفات المناقصات بعد اثباتها في السجل برقم الملف المحفوظ فيه . » .

أما القانون الفرنسى فقد نظم لأول مرة المناقصة على أساس العينة فى المرسوم الصادر سنة ١٨٨٢ ، وهو تنظيم شبيه بما ينص عليه القانون المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ، والذى تعتبر فيه العينة جزءا من المواصفات والشروط المعلنة فى كراسة الشروط ، وبعد ذلك تقوم الإدارة بالإسناد على السعر الأقل قياسا على جودة العينة المطلوبة (١) .

أما المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والعينة adjudication sur coefficients فقد استحدثها مرسوم ٦ ابريل ١٩٤٢ ، فقد نظم هذه الطريقة على أساس أن الإدارة الداعية إلى المناقصة تحدد تاريخا محددا لتقديم العينة ، وتاريخا آخر لتقديم السعر ، ويجب أن يحدد السعر قبل تحليل العينة واختبار جودتها .

وبعد تحليل العينات ترتب حسب جودتها ترتيبا تنازليا الأجود ثم الذى يليه وبعد ذلك تبين أسعار كل عينة ، ويأخذ فى الاعتبار عند الإسناد فى المناقصة عاملين : أولهما جودة العينة والثانى السعر . ويتم الإسناد بالموازنة بين السعر والعينة(٢) .

---

(١) Le Clere (J) : op. Cit. P. 74

(٢) المرجع السابق ص ٥٧ .

Quancard (M) : op. Cit. P. 202 .
Bonnard : Op. Cit. P. 166 et s

الفرع الثانى

المناقصة على أساس تقديم عرض فنى وعرض مالى

تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب فى المناقصات التى تتعلق بموضوعات ذات مواصفات فنية بالغة التعقيد ، ففى هذا النطاق تعتبر الترسية بمقتضى السعر الأقل أمرا شديد الخطورة ، ومثال ذلك المناقصات التى تتعلق بأعمال الاستشارات الفنية أو التجهيزات الفنية أو التكنولوجية للمرافق العامة كالمستشفيات والمصانع وغيرها .

وفى مثل هذه المناقصات لا يصح الاستناد إلى السعر الأقل وذلك لأن العنصر الفنى فى هذه المناقصات لا يقل عن العنصر المالى بل أنه يعد أكثر أهمية ، فالاعتماد على العنصر السعرى فقط فى مثل هذه الأحوال يؤدى إلى انخفاض مستوى الخبرات والخدمات المقدمة لخدمة المشروعات حيث الفوز بالعقود للأقل سعرا وبالتالى الأقل جهدا والأقل كفاءة ، مما نتج عنه العديد من المشروعات التى نراها منخفضة الكفاءة والباهظة التكلفة ، مما يبدد استثماراتنا القومية والموارد المالية المحدودة ويعرقل جهود التنمية.. » (1) .

والمناقصة على أساس تقديم عرض فنى وآخر مالى ، تخضع لذات الإجراءات والقواعد التى تخضع لها المناقصات العامة والتى سبق بيانها إلا ما تعلق منها بآلية الإسناد بمقتضى السعر الأقل ، وذلك لأن الإسناد هنا لا يعتد بالعنصر المالى فقط وإنما يعتد أساسا بالعنصر الفنى وبعد ذلك يأتى العنصر

---

(1) جمال الدين نصار – تقييم اعمال الاستشارات الفنية وأعمال المقاولات فى ظل القانون الحالى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ص ٥ – بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى فى اصلاح وتحديث قواعد المزايدات والمناقصات فى الدرل الأخذة فى النمو القاهرة ٢٩-٣١ يناير ١٩٩٤ مركز القاهرة للتحكيم التجارى الدولى .

المالى ، بل إن العنصر الفنى فى إطار هذه الصورة يكون لـــه الأولويـــة فـــى الترسية على عطاء بعينه .

وتجرى إجراءات هذه المناقصة على أساس أن يتقـــدم كـــل متنـــاقص بمظروف فنى وآخر مالى ، يحدد فى الأول المواصفـــات الفنيـــة لموضـــوع المناقصة وشروطه المقترحة للتعاقد مع جهة الإدارة ، وفى الثانى يحدد الســـعر وهذه الصورة تتطلب أن تحدد الإدارة فى شروط المناقصة «كراسة الشـــروط» خطوطا عامة يتم التعاقد على أساسها مع إعطاء مقدم العطاء حرية تقديم عطائه فى إطار هذه الشروط بالكيفية التى يراها والتى تتناسب مع كفاءته وإمكاناتـــه الفنية .

وتقوم لجنة فتح المظاريف بتفريغ محتوى المظاريف التـــى تتضمـــن عروضا فنية فى مرحلة أولى ، وفى مرحلة ثانية تتولى لجنة البت ترتيب هـــذه العروض فنيا ، وفى مرحلة ثالثة يتم فتح المظاريف التى تحتوى على العروض المالية ، ويتم الإسناد بعد عمل الترتيب النهائى الذى يأخذ فى اعتباره العـــامل الفنى والعامل المالى ، فليس هناك ثمة إلزام بالترسية على العطاء الأقل ســـعرا وذلك نظرا لكون هذا العطاء أقل العطاءات الأخرى فى القيمة الفنية .

ولا شك أن هذه الصورة تمثل تطورا كبيرا لمبـــدأ الإســـناد بمقتضـــى السعر الأقل ، وهو تطور أملته حاجة الإدارة ذاتـــها ، وكذلـــك أملتـــه تعقـــد المواصفات الفنية والتكنولوجية لموضوع المناقصة بصورة لم يعد يجدى معـــها الاحتفاظ بالمبدأ التقليدى فى الإسناد .

هذا هو التصور الذى عرضنا له فى الطبعة الأولى من هـــذا المؤلف التى صدرت سنة ١٩٩٥([1]).وقد تبنى المشرع المصرى هذا التصور بالكامل ونص عليه فى المادة١٠من القانون رقم٨٩لسنة١٩٩٨ والتى جاء بها « تقدم العطاءات فى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخـــر

---

(١) رقم الإيداع ٨٩٣٢/٩٥ .

تقدم العطاءات فى مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفنى والآخـــر للعــرض المالى ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيـــا وذلك كله وفقا للقواعد والإجراءات التى تبينها اللائحة التنفيذية ».

إلا أن القانون المصرى قد عمم الأخذ بهذه الطريقة فى الإسناد ســـواء تعلق الأمر بالمناقصات العامة أم بالممارسات العامة . وفى كـــل المجـــالات . وهو أمر منتقد . لأن هناك كثير من المناقصـــات والممارســـات تكـــون لـــها مواصفات قياسية ومتفق عليها . ومن ثم فإنه فى مثل هذه الحالات يكون اللجوء إلى هذه الطريقة (العرض المالى والعرض الفنى) غير مجدية وتـــؤدى إلـــى تعطيل مصالح الإدارة والإضرار بالمصلحة العامة فى النهاية .

المطلب الثانى

التطور نحو استحداث صور جديدة للمناقصة

أدى التطور إلى استحداث صور جديدة للمناقصة ، تعطى لجهة الإدارة المشترية حرية أكبر فى تحديد شخص المتعاقد معها ، وتهدر كلية آلية الإســـناد فى المناقصة عن طريق السعر الأقل ، ففى هذه الصور يخضع الإســـناد فـــى المناقصة لسلطة الإدارة التقديرية ، والتى تخضع الإدارة فى ممارستها لرقابـــة القضاء إن كان هناك ثمة انحراف فى ممارسة هذه السلطة .

وتمثل هذا التطور فيما يمكن تسميته بالممارسة عن طريق المناقصـــة العامة l'appel d'offres par adjudication publique وإن كان التطبيـــق العملى لهذه الصورة قد اتخذ تسميات مختلفة سواء فى فرنسا أم فـــى مشـــروع قانون اليونسترال على الوجه الذى سوف نبينه .

فمن المعروف أن المناقصة العامة تتمثل فى مجموعة من الإجـــراءات التى تدعو من خلالها الجهة المتناقصة للدخول فيها والتقدم بعطاءاتهم توطئـــة للتعاقد مع جهة الإدارة ، ويكون الإسناد فيها بمقتضى السعر الأقل .

أما نظام الممارسة فهو نظام للتعاقد قد تدعو من خلاله الجهة الإداريـــة المقاولين والموردين لكى يتقدموا بعطاءاتهم فى الحدود التى تحددها ، ثم تقـــوم جهة الإدارة بمفاوضتهم ومناقشتهم فى جلسات علنية توطئة لاختيـــار شـــخص المتعاقد معها دون تقيد بمبدأ آلية الإسناد على السعر الأقل .

وتختلف المناقصة العامة عن الممارسة اختلافات جوهرية سواء مـــن حيث حرية التقدم إليها ، ففى المناقصة العامة يكون الإعلان موجها إلى الكافـــة ويتم النشر عنها فى الجريدة الرسمية والجرائد اليومية على الوجه الذى ســـبق أن بيناه ، أما فى الممارسة فإن الدعوة إلى التعاقد تكون خاصة حيث تتم عـــن طريق خطابات موصى عليها بعلم الوصول ، ترسل إلى المقاولين والمورديـــن الذين تمسك جهة الإدارة بأسمائهم فى سجل خاص . ومن ذلـــك مـــا نصـــت عليه المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ فى مصر مـــن أنه توجه الدعوة لتقديم العروض فى الممارسات بخطابات موصى عليها بعلـــم الوصول تتضمن – كافة البيانات الواجب ذكرها فى الإعلان عن المناقصـــات العامة والمبينة بهذه اللائحة مع تحديد أول اجتمـــاع للجنـــة الممارســـة علـــى ألا تقل المدة المحددة لتقديم العروض عن خمســـة عشـــر يومـــا مـــن تـــاريخ إرسال الدعوات » .

كما يختلفان من حيث آلية الإسناد ، ففى حين يحكم إجراءات المناقصـــة العامة المبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل ، فان الممارسة لا يتقيـــد الإسناد فيها بمقتضى هذا المبدأ ، فالجهة الإدارية تستطيع بســـلطتها التقديريـــة اختيار شخص المتعاقد معها حتى ولو لم يكن صاحب العطاء الأقل سعرا .

ويتضح مما سبق ، أن نظام الممارسة يتيح الحرية للإدارة فى اختيار من تتعاقد معهم دون اتباع المبادىء التقليدية فى المناقصة سواء تلك التى تتعلق بحرية الدخول أم بآلية الإسناد فيها .

والممارسة عن طريق المناقصة ، نظام وسط بين المناقصة والممارسة يأخذ بحل وسط بين جمود هذه ومرونة تلك .

فمن ناحية أولى : يأخذ هذا النظام من المناقصة مبدأ حرية الدخول وضرورة توجيه الدعوة إلى التعاقد مع جهة الإدارة إلى الجمهور ، وليس إلى مجموعة محددة كما تقضى بذلك الممارسة ، كما أنه من ناحية ثانية : فانه يعطى للإدارة حق مفاوضة مقدمى العطاءات ومناقشتهم فيها للحصول على العطاء المناسب من جميع النواحى ولا سيما الفنية والمالية وطريقة الأداء وما إليه من شروط ومواصفات أخرى.

وهذه الصورة من صور المناقصة لا يأخذ بها القانون المصرى بل أنه نص على عدم جواز مفاوضة مقدمى العطاءات فى المناقصة إلا فى حالات استثنائية .

كما أن قضاء مجلس الدولة فى مصر مستقر على عدم جواز تحويل المناقصة إلى ممارسة على النحو الذى سبق أن حددناه .

وعلى ذلك فأن القانون المصرى وإن كان قد عرف نظام المناقصة العامة والممارسة كأسلوبين للتعاقد الإدارى ، على النحو الذى حدده القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ السابق (أو القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨) فإنه لم ينظم الممارسة عن طريق المناقصة على الوجه الذى سبق أن فصلناه ، وهو أمر محل نظر وذلك لأن هذه الطريقة تجمع بين مميزات المناقصة والممارسة ، وهو ما حدا بالقانون الفرنسى لتنظيم صورة أقرب إليها أسماها الدعوة للتعاقد . Les Marches sur appel d'Offres .

ويجمع هذا الأسلوب بين بعض خصائص المناقصة والممارسة ، ومن ذلك ضرورة الحرص على تحقق مبدأ حرية المنافسة فى التقدم بالعطاء توطئة للتعاقد مع الإدارة لا سيما فى الدعوة المفتوحة للتعاقد التى توجه إلى الجمهور كما هو الحال فى المناقصة العامة فهذه الدعوة L'appel d'offres ouvert تسمح لكل شخص بالتقدم بعطائه إلى جهة الإدارة للتعاقد معها (١) .

على أنه فى اسلوب الدعوة إلى التعاقد لا تتقيد جهة الإدارة بالإسناد بمقتضى السعر الأقل بل أنها تملك الحرية والسلطة التقديرية فى اختيار المتعاقد معها ، على أن تخضع فى ممارستها لهذه السلطة للرقابة القضائية إن كان ثمة إنحراف فى ممارستها لهذه السلطة .

ونظم مشروع قانون اليونسترال ، نموذجا يقترب من نظام الممارسة عن طريق المناقصة أسماه المناقصة على مرحلتين ، وتنص عليها المادة ٣٦ فى أربع فقرات .

حيث تنص الفقرة الأولى : « تنطبق أحكام الفصل الثالث من هذا القانون (الخاص بتقييم العطاءات والمقارنة بينها) على إجراءات المناقصة على مرحلتين إلا بمقدار الحد من تلك الأحكام فى هذه المادة .

والفقرة الثانية : تدعو وثائق التماس العطاءات الموردين أو المقاولين إلى أن يقدموا فى المرحلة الأولى من إجراءات المناقصة على مرحلتين ، عطاءات أولية تتضمن اقتراحاتهم دون بيان سعر العطاء ، ويجوز أن تلتمس وثائق التماس العطاءات اقتراحات تتعلق بالخصائص التقنية أو النوعية أو غيرها للسلع أو الإنشاءات ، وكذلك اقتراحات تتعلق بالأحكام والشروط التعاقدية لتوريدها .

---

(١) De Laubadere (M) : op. Cit. P. 635
Bonnard : op. Cit. P. 164

والفقرة الثالثة : يجوز للجهة المشترية أن تدخل فى مفاوضات مع أى مورد أو مقاول لم يرفض عطاؤه عملا بالمواد ١٣ (تقديم رشوة) و ٣٢-٣ (عدم أهلية المقاول أو المورد) أو ٣٣ (إذا نصت وثائق الالتماس على حق الإدارة فى رفض جميع العطاءات) بشأن أى جانب من جوانب عطائه .

والفقرة الرابعة : فى المرحلة الثانية من إجراءات طلب المناقصة على مرحلتين ، تدعو الجهة المشترية الموردين أو المقاولين الذين لم ترفض عطاءاتهم إلى تقديم عطاءات نهائية تشمل الأسعار فيما يتصل بمجموعة واحدة من المواصفات ، ويجوز للجهة المشترية ، عند صياغة تلك المواصفات ، أن تحذف أو تعدل أى جانب مبين أصلا فى وثائق التماس العطاءات من الخصائص التقنية أو النوعية للسلع أو الإنشاءات التى يراد اشتراؤها ، وأى معيار مبين أصلا فى تلك الوثائق لتقييم ومقارنة العطاءات وللتحقق من العطاء الفائز ، ويجوز لها أن تضيف خصائص أو معايير جديدة تكون مطابقة لهذا القانون ، ويبلغ أى حذف أو تعديل أو إضافة من هذا القبيل إلى الموردين أو المقاولين فى الدعوة الموجهة إليهم لتقديم عطاءات نهائية ، ويجوز للمورد أو المقاول الذى لا يرغب فى تقديم عطاء نهائى أن ينسحب من إجراءات المناقصة دون سقوط حقه فى أى ضمان للعطاء كان قد اشترط على المورد أو المقاول تقديمه ، وتقيم العطاءات النهائية ويقارن بينها لتحقق من العطاء الفائز على النحو الذى عرف به فى المادة ٣٢ (٤) (ب) » .

وكما هو واضح من تسمية هذا الأسلوب أن المناقصة تتم على مرحلتين على الوجه التالى : وتشمل المرحلة الأولى : ١- مرحلة التقدم إلى المناقصة أو فيها يتقدم الموردون والمقاولون فى المناقصة باقتراحات بعطاءات بناء على إعلان عن المناقصة تحكمه ذات القواعد التى تحكم الإعلان فى المناقصة العامة سواء من حيث موضوع الإعلان أو من حيث كيفيته – وتتضمن هذه الاقتراحات بعطاءات تحديد الخصائص التقنية والنوعية للسلع والإنشاءات

المطلوبة ، كما يبين فى الاقتراح بالعطاء تصور لشروط وأحكام العقد الذى سوف يبرم بين الجهة المشترية والمتناقص .

والخلاف بين هذه المرحلة من المناقصة على مرحلتين ، ومرحلة التقدم بالعطاء وإعداده فى المناقصة العامة هو أن المتناقص فى المناقصة على مرحلتين لا يتقدم بسعر معين ، فى حين أنه فى المناقصة العامة لا يصح العطاء المقدم إلا إذا كان بيان السعر محدداً بطريقة واضحة ، ويتمثل وجه الاتفاق بينهما فى أن الإعلان عنهما يتم بطريقة واحدة ، كما أن حرية الدخول مكفولة فى كليهما .

وللجهة المشترية أن ترفض الاقتراحات بالعطاءات لذات الأسباب التى ترفض بها العطاءات المقدمة فى المناقصة العامة وهذه الأسباب هى:

أ – تقديم إغراءات أو رشاوى إلى أحد الموظفين أو العاملين بالجهة المشترية ، وهو ما تنص عليه المادة ١٣ حيث تقضى « ترفض الجهة المشترية العطاء أو الاقتراح أو العرض أو عرض الأسعار إذا عرض المورد أو المقاول الذى قدم أياً منها على أى موظف أو مستخدم حالى أو سابق لدى الجهة المشترية أو لدى هيئة حكومية أخرى أو أعطاه أو وافق على اعطائه بصورة مباشرة أو غير مباشرة إكرامية فى أى شكل من الأشكال أو عوض توظيف أو أى شىء آخر ذى نفع أو قيمة كحافز لإتيان فعل أو لإصدار قرار أو لاتخاذ إجراء من جانب الجهة المشترية يتصل بإجراءات الاشتراء ويسجل مثل هذا الرفض للعطاء أو الاقتراح أو العرض أو عرض الأسعار وأسباب رفضه فى سجل إجراءات الاشتراء ويبلغ على الفور إلى المورد أو المقاول ».

ب– عدم أهلية المقاول أو المورد أو عدم قبوله تصحيح أخطاء حسابية فى العطاء ففى هذه الحالة يجب على الجهة المشترية عدم قبول العطاء دون مسئولية عليها وعلى ذلك تنص المادة ٣٢-٣ على الجهة المشترية ألا تقبل العطاء .

أ - **إذا لم تكن للمورد أو المقاول الذى قدم العطاء أهلية تقديمه .**

ب - إذا لم يقبل المورد أو المقاول الـــذى قـدم العطـاء تصحيـح خطأ حسابى .

ج - إذا لم يكن العطاء إيجابياً .

ح - إذا كانت وثائق التماس العطاءات (كراسات الشروط) تجيز للجهة المشترية رفض جميع العطاءات فى أى وقت قبل قبول العطاء ، فانـــه يمكـن تطبيقا لذلك أن ترفض الجهة المشترية رفض الاقتراحات المقدمة فى المناقصـة على مرحلتين إذا نصت على ذلك وثائق الدعوة إلى المناقصة ، وهذا ما تنـص عليه المادة ١/٣٣ ، إذا كانت وثائق التماس العطاءات تنص على ذلـك جـاز للجهة المشترية أن ترفض جميع العطاءات فى أى وقـــت قبـل قبـول أحـد العطاءات ، وعلى الجهة المشترية عند الطلب أن تبلغ أسباب رفضـــها جميـع العطاءات لأى مورد أو مقاول قدم عطاء لكنها ليسـت ملزمـة بتـبرير تلـك الأسباب ٢/٣٣ ولا تتحمل الجهة المشترية أية مسئولية لمجرد تذرعها بـالفقرة (١) من هذه المادة تجاه المقاولين أو الموردين الذين قدموا عطاءات .

٢- فى نطاق المرحلة الأولى من المناقصة على مرحلتين ، وبعد التقدم إلى هذه المناقصة وقبول الجهة المشترية الاقتراحات بالعطاءات علـى الوجـه الذى حددناه ، يكون لجهة الإدارة المشترية أن تدخل فى مفاوضـــات مـع أى مورد أو مقاول تقدم باقتراحه فى المناقصة على مرحلتين ولم يرفض عطـــاؤه للأسباب المتقدم ذكرها .

وهنا أيضا نجد وجهاً آخر للخـــلاف بيـن المناقصـــة العامـة وبيـن المناقصة الخاصة على مرحلتين : ففى الأولى يحظـر مشـروع القـانون أى نوع من المفاوضات بين الجهة المشـــترية وبيـن مقدمـى العطـاءات مـن المقاولين والموردين .

وتدور هذه المفاوضة حول المواصفات الفنية التى قدمها المقاول أو المورد فى عطائه ، وقد تؤدى هذه المفاوضات إلى إضافة اشتراطات جديدة أو تجزئة الاقتراح بالعطاء وقبول بعضه ورفض البعض الآخر وذلك توطئة للدخول فى المرحلة الثانية .

المرحلة الثانية : وفى هذه المرحلة يتم تحديد الأسعار ، حيث تقوم الجهة المشترية بدعوة من لم ترفض اقتراحاتهم بتحديد أسعار نهائية لكل مجموعة من المواصفات الفنية التى تم الاتفاق عليها من هذه الجهة والمقاول أو المورد عبر المفاوضة التى تمت فى المرحلة الأولى .

والدخول فى هذه المرحلة – مرحلة تقديم الأسعار – يعتبر اختيارياً فالمورد أو المقاول الذى سبق وتقدم باقتراحه ، لا يلتزم بأى حال أن يستمر فى إجراءات المرحلة الثانية وذلك تأسيساً على أن هذه المرحلة يكون فيها تحديد السعر على المواصفات والاشتراطات التى نتجت عن المفاوضة وليست عن اقتراحه بالعطاء .

وبعد تحديد الأسعار على الوجه السابق بيانه تقوم الجهة المشترية بتحديد أولوية العطاء بذات الأسس والمعايير التى حددها المشرع لتحديد العطاء الفائز والذى سبق بيانها بخصوص المناقصة العامة .

الخاتمـــــة

عرضنا فى دراستنا السابقة للمناقصة العامة وللمبادىء التقليدية التـــى تحكمها باعتبارها إسلوب لإبرام العقد الإدارى وأوضحنا أن المناقصة مجموعـــة من الإجراءات التى تهدف الإدارة من ورائها دعوة الجمهور للاشـــتراك فـــى العملية التى تطرحها بقصد الوصول إلى المناقص الذى يتقدم بـــأقل الأســـعار وأفضل الشروط الفنية للتعاقد معه .

والمناقصة العامة بهذا المعنى تعد أقدم الأساليب التى حددهـــا القـــانون لإبرام العقد الإدارى ، وهى تخضع لمبادىء تقليدية تضمن حرية الدخول فيـــها لكل من تتوافر فيه الشروط التى ينص عليها القانون أو تتطلبـــها الإدارة فـــى الإعلان عن المناقصة ، كما تضمن أيضا آلية الإسناد فيها حيـــث أن منطـــق المناقصة يقتضى الإسناد على العطاءات الأقل سعراً والأفضل شروطاً .

على أنه إذا كانت المناقصة العامة بمفهومها ومبادئـــها التقليديـــة هـــى الأسلوب السائد لإبرام العقد الإدارى فى وقت كانت تتسم فيه حاجـــات الإدارة بالبساطة وعدم التعقيد لإنها كانت تراعى صالح الخزانة العامة ، وذلك بإســـناد التعاقد على مقدم أقل العطاءات سعراً ، فان تعقد المواصفـــات الفنيـــة للســـلع والخدمات وتطور حاجات الإدارة وتعقدها أدى إلى عـــدم كفايـــة الاعتبـــارات المالية للترجيح بين عطاء وآخر واستلزمت ضرورة الأخذ فى الاعتبار أيضـــاً العناصر الفنية بجوار مصلحة الخزانة العامة ، بل إنه فى بعض الحالات تصبح العناصر الفنية هى العنصر الأساسى للترجيح عند إسناد التعاقد علـــى عطـــاء بعينه .

ومن ثم كان من الضرورى أن يتطور مفهوم المناقصة العامـــة لكـــى يواكب التطور الحادث فى المواصفات الفنية لحاجات الإدارة ، وهو ما حـــدث بصورة كبيرة فى القانون الفرنسى وقانون اليونسترال ، وقد حدث هذا التطـــور

فى اتجاهين أساسيين : تمثل الأول فى التخفيف من جمود المبدأ التقليدى فـــى الإسناد بمقتضى السعر الأقل وذلك بإدخال عناصر جديدة لتقييم العطاء بجــوار السعر ، فلم يعد السعر هو المعيار الأوحد لأفضلية عطاء عــن غــيره وإنمــا أصبح عنصراً من عناصر عديدة تؤدى إلى تحديد أولوية العطاء ، ومن ذلـــك ضرورة تقديم عينة محددة يتحدد على أساسها مقدار السعر فى المناقصة كما أن درجة هذه العينة سواء من الناحية الفنية أو من الناحية الشكلية هى التى تحـــدد مدى قبول الإدارة للسعر المحدد فى العطاء وبلغ هذا التطور منتهاه حين أعطى القانون للإدارة أن تشترط ضرورة تقديم العطاء عبر مظروفين يتضمـــن الأول عرضاً فنيا والثانى عرضاً مالياً ، ويتم تحديد أولويـــة العطـــاء عـــن طريـــق العرضين معاً على الوجه الذى سبق أن بيناه .

وأدى التطور فى اتجاه ثانى إلى إستحداث صور جديدة للمناقصة العامة تتضمن تطويراً لمبدأ الإسناد بمقتضى السعر الأقل مثل مـــا نظمـــه القـــانون الفرنسى وسمى بالممارسة عن طريق المناقصة العامة ، وأيضاً ما نظمه قانون اليونسترال وعرف باسم المناقصة على مرحلتين وذلك على الوجه الذى بيناه.

وفى القانون المصرى رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ أدخل المشرع المصـــرى تطويراً مهماً على المبدأ التقليدى فى الإسناد بمقتضى السعر الأقل . ووفقا لـــهذا التطور فإن ترسية المناقصة يأخذ فى اعتباره الشروط الفنية للعطـــاء بجـــواز السعر . وهو ما سبق وبيناه . وهو أمر يتفق والتطـــور الحديـــث لاحتياجـــات الإدارة فقد كان الأخذ بالمبدأ التقليدى فى الإسناد فى المناقصة الذى يعتمد أساساً على السعر الأقل – وإن لم يكن الأجود فنيا – أمراً لم يعد مقبولاً مع تطـــور حاجات الإدارة وتعقد مواصفاتها الفنية ، بل إننا لا نتجاوز الحقيقة إذا ما قررنا أن التمسك بآليات المناقصة التقليدية خاصة ما تعلق منها بالإسناد على الســـعر الأقل مع إهمال المواصفات الفنية يؤدى إلى أن تصبح المناقصة العامة إجـــراءً خطيراً إذ إنها تؤدى إلى التعاقد مع أشخاص غير أكفاء وغير مؤهليـــن لتلبيـــة

حاجة المرفق مما يؤدى إلى تعطيله وتوقفه وتصبح المناقصة – والحال كذلك – إجراءً مكلفاً ، فتوقف العمل والبحث عن وسيلة أخرى لتسييره مـــرة أخــرى يكلف الإدارة كثيراً من الوقت والمال ، وهذا بخلاف المنازعات القضائية .

الفهرس